بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

الرِّزْقُ وَالْكِسْوَةُ وَذَلِكَ يَكُونُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلُودِ وقَوْله تَعَالَى { وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إذَا سَلَّمْتُمْ ما آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ } نَفَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْجُنَاحَ عن الِاسْتِرْضَاعِ مُطْلَقًا
وَقَوْلُهُمَا الْأُجْرَةُ مَجْهُولَةٌ مُسَلَّمٌ لَكِنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ لِعَيْنِهَا بَلْ لِإِفْضَائِهَا إلَى الْمُنَازَعَةِ وَجَهَالَةُ الْأُجْرَةِ في هذا الْبَابِ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِالْمُسَامَحَةِ مع الْأَظْآرِ وَالتَّوْسِيعُ عَلَيْهِنَّ شَفَقَةٌ على الْأَوْلَادِ فَأَشْبَهَتْ جَهَالَةَ الْقَفِيزِ من الصُّبْرَةِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ وَشَرَطَ الْآجِرُ تَطْيِينَ الدَّارِ وَمَرَمَّتَهَا أو تَعْلِيقَ بَابٍ عليها أو إدْخَالَ جِذْعٍ في سَقْفِهَا على الْمُسْتَأْجِرِ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ يَصِيرُ أُجْرَةً وهو مَجْهُولٌ فَتَصِيرُ الْأُجْرَةُ مَجْهُولَةً
وَكَذَا إذَا آجَرَ أَرْضًا وَشَرَطَ كَرْيَ نَهْرِهَا أو حَفْرَ بِئْرِهَا أو ضَرْبَ مُسَنَّاةٍ عليها لِأَنَّ ذلك كُلَّهُ على الْمُؤَاجِرِ فإذا شُرِطَ على الْمُسْتَأْجِرِ فَقَدْ جَعَلَهُ أُجْرَةً وهو مَجْهُولٌ فَصَارَتْ الْأُجْرَةُ مَجْهُولَةً
وَمِنْهَا أَنْ لَا تَكُونَ الْأُجْرَةُ مَنْفَعَةً هِيَ من جِنْسِ الْمَعْقُودِ عليه كَإِجَارَةِ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ بِالْخِدْمَةِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ وَالزِّرَاعَةِ بِالزِّرَاعَةِ حتى لَا يَجُوزُ شَيْءٌ من ذلك عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ليس بِشَرْطٍ وَتَجُوزُ هذه الْإِجَارَةُ وَإِنْ كانت الْأُجْرَةُ من خِلَافِ الْجِنْسِ جَازَ كَإِجَارَةِ السُّكْنَى بِالْخِدْمَةِ وَالْخِدْمَةِ بِالرُّكُوبِ وَنَحْوِ ذلك وَالْكَلَامُ فيه فَرْعٌ في كَيْفِيَّةِ انْعِقَادِ هذا الْعَقْدِ فَعِنْدَنَا يَنْعَقِدُ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ فلم تَكُنْ كُلُّ وَاحِدَةٍ من الْمَنْفَعَتَيْنِ مُعَيَّنَةً بَلْ هِيَ مَعْدُومَةٌ وَقْتَ الْعَقْدِ فَيَتَأَخَّرُ قَبْضُ أَحَدِ الْمُسْتَأْجِرِينَ فَيَتَحَقَّقُ رِبَا النَّسَاءِ وَالْجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا كَإِسْلَامِ الْهَرَوِيِّ في الْهَرَوِيِّ وَإِلَى هذا أَشَارَ مُحَمَّدٌ فِيمَا حكى أَنَّ ابْنَ سِمَاعَةَ كَتَبَ يَسْأَلُهُ عن هذه الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ كَتَبَ إلَيْهِ في الْجَوَابِ أنك أَطَلْت الْفِكْرَةَ فَأَصَابَتْكَ الْحَيْرَةُ وَجَالَسْتَ الْجُبَّائِيَّ فَكَانَتْ مِنْك زَلَّةً أَمَا عَلِمْت أَنَّ بَيْعَ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى كَبَيْعِ الْهَرَوِيِّ بِالْهَرَوِيِّ بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ الرِّبَا لَا يَتَحَقَّقُ في جِنْسَيْنِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَنَافِعُ الْمُدَّةِ تُجْعَلُ مَوْجُودَةً وَقْتَ الْعَقْدِ كَأَنَّهَا أَعْيَانٌ قَائِمَةٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى النَّسِيئَةِ وَلَوْ تَحَقَّقَ فَالْجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ لَا يَحْرُمُ النَّسَاءُ عِنْدَهُ وَتَعْلِيلُ من عَلَّلَ في هذه الْمَسْأَلَةِ أَنَّ هذا في مَعْنَى بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ لِأَنَّ الْمَنْفَعَتَيْنِ مَعْدُومَتَانِ وَقْتَ الْعَقْدِ فَكَانَ بَيْعُ الكالىء (((الكالئ))) بِالكالىء (((بالكالئ))) غير سَدِيدٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ اسْمٌ لِمَوْجُودٍ في الذِّمَّةِ أُخِّرَ بِالْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ بِتَغْيِيرِ مُقْتَضَى مُطْلَقِ الْعَقْدِ فَأَمَّا ما لَا وُجُودَ له وَتَأَخَّرَ وُجُودُهُ إلَى

وَقْتٍ فَلَا يُسَمَّى دَيْنًا
وَحَقِيقَةُ الْفِقْهِ في الْمَسْأَلَةِ ما ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أبو مَنْصُورٍ الْمَاتُرِيدِيُّ هِيَ أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ شُرِعَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ الناس وَلَا حَاجَةَ تَقَعُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ فَبَقِيَ على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَالْحَاجَةُ تَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ فَيَجُوزُ وَيَسْتَوِي في ذلك الْعَبْدُ وَالْأَمَةُ حتى لو اسْتَأْجَرَ عَبْدًا يَخْدُمُهُ شَهْرًا بِخِدْمَةِ أَمَةٍ كان فَاسِدًا لِاتِّحَادِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ ثُمَّ في إجَارَةِ الْخِدْمَةِ بِالْخِدْمَةِ إذَا خَدَمَ أَحَدُهُمَا ولم يَخْدُمْ الْآخَرُ رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ عليه وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ وقال الظَّاهِرُ أَنَّ له أَجْرَ الْمِثْلِ
وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا قَابَلَ الْمَنْفَعَةَ بِجِنْسِهَا ولم تَصِحَّ هذه الْمُقَابَلَةُ فَقَدْ جَعَلَ بِإِزَاءِ الْمَنْفَعَةِ ما لَا قِيمَةَ له فَكَانَ رَاضِيًا بِبَذْلِ الْمَنْفَعَةِ بِلَا بَدَلٍ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَالْمَنَافِعُ تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ لِمَا نَذْكُرُ تَحْقِيقَهُ أنها تُقَوَّمُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ الذي لم يُذْكَرْ فيه بَدَلٌ رَأْسًا بِأَنْ اسْتَأْجَرَ شيئا ولم يُسَمِّ عِوَضًا أَصْلًا فإذا سَمَّى الْعِوَضَ وهو الْمَنْفَعَةُ أَوْلَى وَقَالُوا في عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ تَهَايَأَ الشَّرِيكَانِ فيه فَخَدَمَ أَحَدَهُمَا يَوْمًا ولم يَخْدُمْ الْآخَرَ أَنَّهُ لَا أَجْرَ له لِأَنَّ هذا ليس بِمُبَادَلَةٍ بَلْ هو إفْرَازٌ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْعَبْدَيْنِ لِعَمَلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كَالْخِيَاطَةِ وَالصِّيَاغَةِ لِأَنَّ الْجِنْسَ قد اخْتَلَفَ وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في الْجَامِعِ إذَا كان عَبْدٌ بين اثْنَيْنِ أَجَرَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ من صَاحِبِهِ يَخِيطُ معه شَهْرًا على أَنْ يَصُوغَ نَصِيبَهُ معه في الشَّهْرِ الدَّاخِلِ أَنَّ هذا لَا يَجُوزُ في الْعَبْدِ الْوَاحِدِ وَإِنْ اخْتَلَفَ الْعَمَلُ وَإِنَّمَا يَجُوزُ في الْعَمَلَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ إذَا كَانَا في عَبْدَيْنِ لِأَنَّ هذا مُهَايَأَةٌ مِنْهُمَا لِأَنَّهُمَا فَعَلَا ما يُسْتَحَقُّ عَلَيْهِمَا من غَيْرِ إجَارَةٍ وَالْمُهَايَأَةُ من شَرْطِ جَوَازِهَا أَنْ تَقَعَ على الْمَنَافِعِ الْمُطْلَقَةِ فإما أَنْ يُعَيِّنَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ على الْآخَرِ الْمَنْفَعَةَ فَلَا يَجُوزُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى رُكْنِ الْعَقْدِ فَخُلُوُّهُ عن شَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا يُلَائِمُهُ حتى لو أَجَرَهُ دَارِهِ على أَنْ يَسْكُنَهَا شَهْرًا ثُمَّ يُسَلِّمَهَا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ أو أَرْضًا على أَنْ يَزْرَعَهَا ثُمَّ يُسَلِّمَهَا

إلَى الْمُسْتَأْجِرِ أو دَابَّةً على أَنْ يَرْكَبَهَا شَهْرًا أو ثَوْبًا على أَنْ يَلْبَسَهُ شَهْرًا ثُمَّ يُسَلِّمَهُ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ وَزِيَادَةُ مَنْفَعَةٍ مَشْرُوطَةٍ في الْعَقْدِ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ في مُعَاوَضَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ يَكُونُ رِبًا أو فيها شُبْهَةُ الرِّبَا وَكُلُّ ذلك مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ أَيْضًا شَرْطُ تَطْيِينِ الدَّارِ وَإِصْلَاحِ مِيزَابِهَا وما هي (((وهى))) منها وَإِصْلَاحِ بِئْرِ الْمَاءِ وَالْبَالُوعَةِ وَالْمَخْرَجِ وكرى الْأَنْهَارِ وفي إجَارَةِ الْأَرْضِ وَطَعَامِ الْعَبْدِ وَعَلَفِ الدَّابَّةِ في إجَارَةِ الْعَبْدِ وَالدَّابَّةِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ ذلك كُلَّهُ شَرْطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَلَا يُلَائِمُهُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُدَّةً مَعْلُومَةً بِأُجْرَةٍ مُسَمَّاةٍ على أَنْ لَا يَسْكُنَهَا فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ وَلَا أُجْرَةَ على الْمُسْتَأْجِرِ إذَا لم يَسْكُنْهَا وَإِنْ سَكَنَهَا فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِهَا لَا يُنْقِصُ مِمَّا سمى أَمَّا فَسَادُ الْعَقْدِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ شَرْطَهُ أَنْ لَا يَسْكُنَ نفي مُوجَبَ الْعَقْدِ وهو الِانْتِفَاعُ بِالْمَعْقُودِ عليه وَأَنَّهُ شَرْطٌ يُخَالِفُ مقضتى (((مقتضى))) الْعَقْدِ وَلَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ فَكَانَ شَرْطًا فَاسِدًا

وَأَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ الْأَجْرِ رَأْسًا إنْ لم يَسْكُنْ وَوُجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ إنْ سَكَنَ فَظَاهِرٌ أَيْضًا لِأَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ في الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ إنَّمَا يَجِبُ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه لَا بِنَفْسِ التَّسْلِيمِ وهو التَّخْلِيَةُ كما في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ التَّخْلِيَةَ هِيَ التَّمْكِينُ وَلَا يَتَحَقَّقُ مع الْفَسَادِ لِوُجُودِ الْمَنْعِ من الِانْتِفَاعِ بِهِ شَرْعًا فَأَشْبَهَ الْمَنْعَ الْحِسِّيَّ من الْعِبَادِ وهو الْغَصْبُ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ لِأَنَّهُ لَا مَنْعَ هُنَاكَ فَتَحَقَّقَ التَّسْلِيمُ فَلَئِنْ لم يَنْتَفِعْ بِهِ الْمُسْتَأْجِرُ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ في الْمَنْفَعَةِ فَلَا يُسْقِطُ حَقَّ الْآجِرِ في الْأُجْرَةِ وإذا سَكَنَ فَقَدْ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عليه بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَأَنَّهُ يُوجِبُ أَجْرَ الْمِثْلِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ لَا يُنْتَقَصُ من الْمُسَمَّى فَفِيهِ إشْكَالٌ لِأَنَّهُ قد صَحَّ من مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ أَنَّ الْوَاجِبَ في الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه الْأَقَلُّ من الْمُسَمَّى وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ إذَا كان الْأَجْرُ مُسَمًّى وقد قال في هذه الْمَسْأَلَةِ أنه لَا يُنْقَصُ من الْمُسَمَّى من الْمَشَايِخِ من قال الْمَسْأَلَةُ مُؤَوَّلَةٌ تَأْوِيلُهَا أنه لَا يُنْقَصُ من الْمُسَمَّى إذَا كان أَجْرُ الْمِثْلِ وَالْمُسَمَّى وَاحِدًا

وَمِنْهُمْ من أَجْرَى الرِّوَايَةَ على الظَّاهِرِ فقال إنَّ الْعَاقِدَيْنِ لم يَجْعَلَا الْمُسَمَّى بِمُقَابَلَةِ الْمَنَافِعِ حَيْثُ شَرَطَ الْمُسْتَأْجِرُ أَنْ لَا يَسْكُنَ وَلَا بِمُقَابَلَةِ التَّسْلِيمِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ مع فَسَادِ الْعَقْدِ فإذا سَكَنَ فَقَدْ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ ليس في مُقَابَلَتِهَا بَدَلٌ فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا ما بَلَغَ كما إذَا لم يذكر في الْعَقْدِ تَسْمِيَةً أَصْلًا إلَّا أَنَّهُ قال لَا يُنْقَصُ من الْمُسَمَّى لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ رضي بِالْمُسَمَّى بِدُونِ الِانْتِفَاعِ فَعِنْدَ الِانْتِفَاعِ أَوْلَى

وَلَوْ آجَرَهُ دَارِهِ أو أَرْضَهُ أو عَبْدَهُ أو دَابَّتَهُ وَشَرَطَ تَسْلِيمَ الْمُسْتَأْجِرِ جَازَ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُسْتَأْجَرِ من مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِدُونِ الشَّرْطِ فَكَانَ هذا شَرْطًا مُقَرِّرًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ لَا مُخَالِفًا له فَصَارَ كما لو أَجَّرَهُ على أَنْ يَمْلِكَ الْمُسْتَأْجِرُ مَنْفَعَةَ الْمُسْتَأْجَرِ

وَلَوْ آجَرَ بِشَرْطِ تَعْجِيلِ الْأُجْرَةِ أو شَرَطَ على الْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُعْطِيَهُ بِالْأُجْرَةِ رَهْنًا أو كَفِيلًا جَازَ إذَا كان الرَّهْنُ مَعْلُومًا وَالْكَفِيلُ حَاضِرًا لِأَنَّ هذا شَرْطٌ يُلَائِمُ الْعَقْدَ وَإِنْ كان لَا يَقْتَضِيهِ كما ذَكَرْنَا في الْبُيُوعِ فَيَجُوزُ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ

وَأَمَّا شَرْطُ اللُّزُومِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ هو شَرْطُ انْعِقَادِ العقد لَازِمًا من الْأَصْلِ وَنَوْعٌ هو شَرْطُ بَقَائِهِ على اللُّزُومِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ صَحِيحًا لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ غَيْرُ لَازِمٍ بَلْ هو مُسْتَحِقُّ النَّقْضِ وَالْفَسْخِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَضْلًا عن الْجَوَازِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ بِالْمُسْتَأْجَرِ عَيْبٌ في وَقْتِ الْعَقْدِ أو وَقْتِ الْقَبْضِ يُخِلُّ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ فَإِنْ كان لم يَلْزَمْ الْعَقْدُ حتى قالوا في الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ لِلْخِدْمَةِ إذَا ظَهَرَ أَنَّهُ سَارِقٌ له أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ لِأَنَّ السَّلَامَةَ مَشْرُوطَةٌ دَلَالَةً فَتَكُونُ كَالْمَشْرُوطِ نَصًّا كما في بَيْعِ الْعَيْنِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَأْجَرُ مَرْئِيَّ الْمُسْتَأْجِرِ حتى لو اسْتَأْجَرَ دَارًا لم يَرَهَا ثُمَّ رَآهَا فلم يَرْضَ بها أَنَّهُ يَرُدُّهَا لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ فَيَثْبُتُ فيها خِيَارُ الرُّؤْيَةِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ فَإِنْ رضي بها بَطَلَ خِيَارُهُ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ

وَأَمَّا الثَّانِي فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا سَلَامَةُ الْمُسْتَأْجَرِ عن حُدُوثِ عَيْبٍ بِهِ يُخِلُّ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ فَإِنْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ يُخِلُّ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ لم يَبْقَ الْعَقْدُ لَازِمًا حتى لو اسْتَأْجَرَ عَبْدًا يَخْدُمُهُ أو دَابَّةً يَرْكَبُهَا أو دَارًا يَسْكُنُهَا فَمَرِضَ الْعَبْدُ أو عَرَجَتْ الدَّابَّةُ أو انْهَدَمَ بَعْضُ بِنَاءِ الدَّارِ فَالْمُسْتَأْجِرُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ مَضَى على الْإِجَارَةِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ إذَا حَدَثَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ بَعْدَ الْقَبْضِ أَنَّهُ ليس لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنَافِعُ تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا فَكَانَ

كُلُّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْمَنَافِعِ مَعْقُودًا مُبْتَدَأً فإذا حَدَثَ الْعَيْبُ

(4/195)

بِالْمُسْتَأْجَرِ كان هذا عَيْبًا حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ قبل الْقَبْضِ وَهَذَا يُوجِبُ الْخِيَارَ في بَيْعِ الْعَيْنِ كَذَا في الْإِجَارَةِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا من حَيْثُ الْمَعْنَى وإذا ثَبَتَ الْخِيَارُ لِلْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ لم يَفْسَخْ وَمَضَى على ذلك إلَى تَمَامِ الْمُدَّةِ فَعَلَيْهِ كَمَالُ الْأُجْرَةِ لِأَنَّهُ رضي بِالْمَعْقُودِ عليه مع الْعَيْبِ فَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْبَدَلِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ إذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي على عَيْبٍ فَرَضِيَ بِهِ وَإِنْ زَالَ الْعَيْبُ قبل أَنْ يَفْسَخَ بِأَنْ صَحَّ الْعَبْدُ وَزَالَ الْعَرَجُ عن الدَّابَّةِ وَبَنَى الْمُؤَاجِرُ ما سَقَطَ من الدَّارِ بَطَلَ خِيَارُ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ الْمُوجِبَ لِلْخِيَارِ قد زَالَ وَالْعَقْدُ قَائِمٌ فَيَزُولُ الْخِيَارُ
هذا إذَا كان الْعَيْبُ مِمَّا يَضُرُّ بِالِانْتِفَاعِ بِالْمُسْتَأْجَرِ فَإِنْ كان لَا يَضُرُّ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ بَقِيَ الْعَقْدُ لَازِمًا وَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ إذَا ذَهَبَتْ إحْدَى عَيْنَيْهِ وَذَلِكَ لَا يَضُرُّ بِالْخِدْمَةِ أو سَقَطَ شَعْرُهُ أو سَقَطَ من الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ حَائِطٌ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ في سُكْنَاهَا لِأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْمَنْفَعَةِ لَا على الْعَيْنِ إذا الْإِجَارَةُ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ لَا بَيْعُ الْعَيْنِ وَلَا نُقْصَانَ في الْمَنْفَعَةِ بَلْ في الْعَيْنِ وَالْعَيْنُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عليها في بَابِ الْإِجَارَةِ وَتَغَيُّرُ عَيْنِ الْمَعْقُودِ عليه لَا يُوجِبُ الْخِيَارَ بِخِلَافِ ما إذَا كان الْعَيْبُ الْحَادِثُ مِمَّا يَضُرُّ بِالِانْتِفَاعِ لِأَنَّهُ إذَا كان يَضُرُّ بِالِانْتِفَاعِ فَالنُّقْصَانُ يَرْجِعُ إلَى الْمَعْقُودِ عليه فَأَوْجَبَ الْخِيَارَ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ ثُمَّ إنَّمَا يَلِي الْفَسْخَ إذَا كان الْمُؤَاجِرُ حَاضِرًا فَإِنْ كان غَائِبًا فَحَدَثَ بِالْمُسْتَأْجَرِ ما يُوجِبُ حَقَّ الْفَسْخِ فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَفْسَخَ لِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ إلَّا بِحُضُورِ الْعَاقِدَيْنِ أو من يَقُومُ مَقَامَهُمَا
وقال هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا سَنَةً يَزْرَعُهَا شيئا ذَكَرَهُ فَزَرَعَهَا فَأَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ من بَرْدٍ أو غَيْرِهِ فَذَهَبَ بِهِ وَتَأَخَّرَ وَقْتُ زِرَاعَةِ ذلك النَّوْعِ فَلَا يَقْدِرُ أَنْ يَزْرَعَ قال إنْ أَرَادَ أَنْ يَزْرَعَ شيئا غَيْرَهُ مِمَّا ضَرَرُهُ على الْأَرْضِ أَقَلُّ من ضَرَرِهِ أو مِثْلُ ضَرَرِهِ فَلَهُ ذلك وَإِلَّا فَسَخْت عليه الْإِجَارَةَ وَأَلْزَمْتُهُ أَجْرَ ما مَضَى لِأَنَّهُ إذَا عَجَزَ عن زِرَاعَةِ ذلك النَّوْعِ كان اسْتِيفَاءُ الْإِجَارَةِ إضْرَارًا بِهِ قال وإذا نَقَصَ الْمَاءُ عن الرَّحَى حتى صَارَ يَطْحَنُ أَقَلَّ من نِصْفِ طِحْنِهِ فَذَلِكَ عَيْبٌ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على اسْتِيفَاءِ الْعَقْدِ إلَّا بِضَرَرٍ وهو نُقْصَانُ الِانْتِفَاعِ
وَلَوْ انْهَدَمَتْ الدَّارُ كُلُّهَا أو انْقَطَعَ الْمَاءُ عن الرَّحَى أو انْقَطَعَ الشُّرْبُ عن الْأَرْضِ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ إشَارَةُ الرِّوَايَاتِ فيه ذُكِرَ في بَعْضِهَا ما يَدُلُّ على أَنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسِخُ فإنه ذَكَرَ في إجَارَةِ الْأَصْلِ إذَا سَقَطَتْ الدَّارُ كُلُّهَا فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ كان صَاحِبُ الدَّارِ شَاهِدًا أو غَائِبًا فَهَذَا دَلِيلُ الِانْفِسَاخِ حَيْثُ جُوِّزَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْخُرُوجُ من الدَّارِ مع غَيْبَةِ الْمُؤَاجِرِ وَلَوْ لم تَنْفَسِخْ تَوَقَّفَ جَوَازُ الْفَسْخِ على حُضُورِهِ وَالْوَجْهُ فيه أَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَطْلُوبَةَ من الدَّارِ قد بَطَلَتْ بالسُّقُوطِ إذْ الْمَطْلُوبُ منها الِانْتِفَاعُ بِالسُّكْنَى وقد بَطَلَ ذلك فَقَدْ هَلَكَ الْمَعْقُودُ عليه فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ وَذُكِرَ في بَعْضِهَا ما يَدُلُّ على أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ لَكِنْ يَثْبُتُ حَقُّ الْفَسْخِ فإنه ذَكَرَ في كِتَابِ الصُّلْحِ إذَا صَالَحَ على سُكْنَى دَارٍ فَانْهَدَمَتْ لم يَنْفَسِخْ الصُّلْحُ
وَرَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ بَيْتًا وَقَبَضَهُ ثُمَّ انْهَدَمَ فَبَنَاهُ الْآجِرُ فقال

الْمُسْتَأْجِرُ بعدما بَنَاهُ لَا حَاجَةَ لي فيه قال مُحَمَّدٌ ليس لِلْمُسْتَأْجِرِ ذلك وَكَذَلِكَ لو قال الْمُسْتَأْجِرُ آخُذُهُ وَأَبَى الْآجِرُ ليس لِلْآجِرِ ذلك وَهَذَا يجري مَجْرَى النَّصِّ على أَنَّ الْإِجَارَةَ لم تَنْفَسِخْ وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّارَ بَعْدَ الِانْهِدَامِ بَقِيَتْ مُنْتَفَعًا بها مَنْفَعَةَ السُّكْنَى في الْجُمْلَةِ بِأَنْ يَضْرِبَ فيها خَيْمَةً فلم يَفُتْ الْمَعْقُودُ عليه رَأْسًا فَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ على أَنَّهُ إنْ فَاتَ كُلُّهُ لَكِنْ فَاتَ على وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهُ وَهَذَا يَكْفِي لِبَقَاءِ الْعَقْدِ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فأبقى (((فأبق))) قبل الْقَبْضِ وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ الْعَقْدَ الْمُنْعَقِدَ بِيَقِينٍ لِتَوَهُّمِ الْفَائِدَةِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِيَقِينٍ لَا يزول (((يزال))) بِالشَّكِّ كما أَنَّ غير الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لَا يُثْبَتُ بِالشَّكِّ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ وقال الصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسِخُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَطْلُوبَةَ من الدَّارِ قد بَطَلَتْ وَضَرْبُ الْخَيْمَةِ في الدَّارِ ليس بِمَنْفَعَةٍ مَطْلُوبَةٍ من الدَّارِ عَادَةً فَلَا يُعْتَبَرُ بَقَاؤُهُ لِبَقَاءِ الْعَقْدِ وقال فِيمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ في الْبَيْتِ إذَا بَنَاهُ الْمُؤَاجِرُ أنه لَمَّا بَنَاهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ لم يَنْفَسِخْ حَقِيقَةً وَإِنْ حُكِمَ بِفَسْخِهِ ظَاهِرًا فَيُجْبَرُ على التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ وَلَيْسَ يَمْتَنِعُ الْحُكْمُ بِانْفِسَاخِ عَقْدٍ في الظَّاهِرِ مع التَّوَقُّفِ في الْحَقِيقَةِ كمن اشْتَرَى شَاةً فَمَاتَتْ في يَدِ الْبَائِعِ فَدَبَغَ جِلْدَهَا أَنَّهُ يُحْكَمُ بِبَقَاءِ الْعَقْدِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِانْفِسَاخِهِ ظَاهِرًا بِمَوْتِ الشَّاةِ كَذَا هَهُنَا وإذا بَقِيَ الْعَقْدُ يُجْبَرُ على التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ وَقَبْلَ الْبِنَاءِ لَا يُعْلَمُ أَنَّ الْعَقْدَ لم يَنْفَسِخْ حَقِيقَةً فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في السَّفِينَةِ إذَا نُقِضَتْ وَصَارَتْ أَلْوَاحًا ثُمَّ بَنَاهَا الْمُؤَاجِرُ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ على تَسْلِيمِهَا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ فَقَدْ فَرَّقَ بين السَّفِينَةِ وَبَيْنَ الْبَيْتِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْعَقْدَ في السَّفِينَةِ قد انْفَسَخَ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْأَصْلَ فيها الصِّنَاعَةُ وَهِيَ التَّرْكِيبُ

وَالْأَلْوَاحُ تَابِعَةٌ لِلصِّنَاعَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ من غَصَبَ خَشَبَةً فَعَمِلَهَا سَفِينَةً مَلَكَهَا فَكَانَ تركيت (((تركيب))) الْأَلْوَاحِ بِمَنْزِلَةِ اتِّخَاذِ سَفِينَةٍ أُخْرَى فلم يُجْبَرْ على تَسْلِيمِهَا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ بِخِلَافِ الدَّارِ لِأَنَّ عَرْصَةَ الدَّارِ لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ لِلْبِنَاءِ بَلْ الْعَرْصَةُ فيها أَصْلٌ فإذا بَنَاهَا فَقَدْ بَنَى تِلْكَ الدَّارَ بِعَيْنِهَا فَيُجْبَرُ على التَّسْلِيمِ
وقال مُحَمَّدٌ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ رَحَى مَاءٍ سَنَةً فَانْقَطَعَ الْمَاءُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَمْسَكَ الرَّحَى حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ فَعَلَيْهِ أَجْرُ لِلسِّتَّةِ أَشْهُرِ الْمَاضِيَةِ وَلَا شَيْءَ عليه لِمَا بَقِيَ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الرَّحَى قد بَطَلَتْ فَانْفَسَخَ الْعَقْدُ قال فَإِنْ كان الْبَيْتُ يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ فَعَلَيْهِ من الْأَجْرِ بِحِصَّتِهِ لِأَنَّهُ بَقِيَ شَيْءٌ من الْمَعْقُودِ عليه له حِصَّةٌ في الْعَقْدِ فإذا اسْتَوْفَى لَزِمَهُ حِصَّتُهُ فَإِنْ سَلَّمَ الْمُؤَاجِرُ الدَّارَ إلَّا بَيْتًا منها ثُمَّ مَنَعَهُ رَبُّ الدَّارِ أو غَيْرُهُ بَعْدَ ذلك من الْبَيْتِ فَلَا أَجْرَ على الْمُسْتَأْجِرِ في الْبَيْتِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ الْمَعْقُودِ عليه دُونَ بَعْضٍ فَلَا يَكُونُ عليه حِصَّةٌ ما لم يَسْتَوْفِ وَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ من قَبُولِ الدَّارِ بِغَيْرِ الْبَيْتِ وَأَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إذَا حَدَثَ ذلك بَعْدَ قَبْضِهِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَفَرَّقَتْ في الْمَعْقُودِ عليه وهو الْمَنَافِعُ وَتَفَرُّقُ الصَّفْقَةِ يُوجِبُ الْخِيَارَ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا أَشْهُرًا مُسَمَّاةً فلم تُسَلَّمْ إلَيْهِ الدَّارُ حتى مَضَى بَعْضُ الْمُدَّةِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَتَسَلَّمَ الدَّارَ فِيمَا بَقِيَ من الْمُدَّةِ فَلَهُ ذلك وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْبَى ذلك وَكَذَلِكَ لو كان الْمُسْتَأْجِرُ طَلَبَهَا من الْمُؤَاجِرِ فَمَنَعَهُ إيَّاهَا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ

يُسَلِّمَهَا فَذَلِكَ له وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ لِأَنَّ الْخِيَارَ إنَّمَا يَثْبُتُ بِحُدُوثِ تَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ بَعْدَ حُصُولِهَا مُجْتَمِعَةً وَالصَّفْقَةُ هَهُنَا حِينَمَا وَقَعَتْ وَقَعَتْ مُتَفَرِّقَةً لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلُّ جُزْءٍ من الْمَنَافِعِ كَالْمَعْقُودِ عليه عَقْدًا مُبْتَدَأً فَكَانَ أَوَّلُ جُزْءٍ من الْمَنْفَعَةِ مَمْلُوكًا بِعَقْدٍ وَالثَّانِي مَمْلُوكًا بِعَقْدٍ آخَرَ وما مُلِكَ بِعَقْدَيْنِ فَتَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ في أَحَدِهِمَا لَا يُؤَثِّرُ في الْآخَرِ فَإِنْ اسْتَأْجَرَ دَارَيْنِ فَسَقَطَتْ إحْدَاهُمَا أو مَنَعَهُ مَانِعٌ من إحْدَاهُمَا أو حَدَثَ في إحْدَاهُمَا عَيْبٌ فَلَهُ أَنْ يَتْرُكَهُمَا جميعا لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَيْهِمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً وقد تَفَرَّقَتْ عليه فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَالثَّانِي عَدَمُ حُدُوثِ عُذْرٍ بِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أو بِالْمُسْتَأْجَرِ فَإِنْ حَدَثَ بِأَحَدِهِمَا أو بِالْمُسْتَأْجِرِ عُذْرٌ لَا يَبْقَى الْعَقْدُ لَازِمًا وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هذا ليس بِشَرْطِ بَقَاءِ الْعَقْدِ لَازِمًا وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْإِجَارَةَ تُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ عِنْدَنَا خِلَافًا له

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْإِجَارَةَ أَحَدُ نَوْعَيْ الْبَيْعِ فَيَكُونُ لَازِمًا كَالنَّوْعِ الْآخَرِ وهو بَيْعُ الْأَعْيَانِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ بِاتِّفَاقِهِمَا فَلَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِاتِّفَاقِهِمَا

وَلَنَا أَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إلَى الْفَسْخِ عِنْدَ الْعُذْرِ لِأَنَّهُ لو لَزِمَ الْعَقْدُ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْعُذْرِ لَلَزِمَ صَاحِبَ الْعُذْرِ ضَرَرٌ لم يَلْتَزِمْهُ بِالْعَقْدِ لِمَا نذكر (((يذكر))) في تَفْصِيلِ الْأَعْذَارِ الْمُوجِبَةِ لِلْفَسْخِ فَكَانَ الْفَسْخُ في الْحَقِيقَةِ امْتِنَاعًا من الْتِزَامِ الضَّرَرِ وَلَهُ وِلَايَةُ ذلك وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِ أن هذا بَيْعٌ لِأَنَّا نَقُولُ نعم لَكِنَّهُ عَجَزَ عن الْمُضِيِّ في مُوجَبِهِ إلَّا بِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ لم يَلْتَزِمْهُ بِالْعَقْدِ فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلْفَسْخِ في هذه الْحَالَةِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ إذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي على عَيْبٍ بِالْمَبِيعِ وَكَمَا لو حَدَثَ عَيْبٌ بِالْمُسْتَأْجَرِ

وَكَذَا عن قَوْلِهِ الْعَقْدُ انْعَقَدَ بِاتِّفَاقِهِمَا فَلَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِاتِّفَاقِهِمَا أن هذا هَكَذَا إذَا لم يَعْجِزْ عن الْمُضِيِّ على مُوجَبِ الْعَقْدِ إلَّا بِضَرَرٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ وقد عَجَزَ هَهُنَا فَلَا يُشْتَرَطُ التَّرَاضِي على الْفَسْخِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ وَحُدُوثِ الْعَيْبِ بِالْمُسْتَأْجَرِ ثُمَّ إنْكَارُ الْفَسْخِ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْعُذْرِ خُرُوجٌ عن الْعَقْلِ وَالشَّرْعِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّ من اشْتَكَى ضِرْسَهُ فَاسْتَأْجَرَ رَجُلًا ليقلعها (((ليقلعه))) فَسَكَنَ الْوَجَعُ يُجْبَرُ على الْقَلْعِ وَمَنْ وَقَعَتْ في يَدِهِ آكلة فَاسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْطَعَهَا فَسَكَنَ الْوَجَعُ ثُمَّ برأت (((برئت))) يَدُهُ يُجْبَرُ على الْقَطْعِ وَهَذَا قَبِيحٌ عَقْلًا وَشَرْعًا

وإذا ثَبَتَ أَنَّ الْإِجَارَةَ تُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ الْأَعْذَارِ الْمُثْبِتَةِ لِلْفَسْخِ على التَّفْصِيلِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ أن الْعُذْرَ قد يَكُونُ في جَانِبِ الْمُسْتَأْجِرِ وقد يَكُونُ في جَانِبِ الْمُؤَاجِرِ وقد يَكُونُ في جَانِبِ الْمُسْتَأْجَرِ

أَمَّا الذي في جَانِبِ الْمُسْتَأْجِرِ فَنَحْوُ أَنْ يُفْلِسَ فَيَقُومَ من السُّوقِ أو يُرِيدَ سَفَرًا أو يَنْتَقِلَ من الْحِرْفَةِ إلَى الزِّرَاعَةِ أو من الزِّرَاعَةِ إلَى التِّجَارَةِ أو يَنْتَقِلَ من حِرْفَةٍ إلَى حِرْفَةٍ لِأَنَّ الْمُفْلِسَ لَا يَنْتَفِعُ بِالْحَانُوتِ فَكَانَ في إبْقَاءِ الْعَقْدِ من غَيْرِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ إضْرَارٌ بِهِ ضَرَرًا لم يَلْتَزِمْهُ الْعَقْدُ فَلَا يُجْبَرُ على عَمَلِهِ وإذا عَزَمَ على السَّفَرِ فَفِي تَرْكِ السَّفَرِ مع الْعَزْمِ عليه ضَرَرٌ بِهِ وفي إبْقَاءِ الْعَقْدِ مع خُرُوجِهِ إلَى السَّفَرِ ضَرَرٌ بِهِ أَيْضًا لِمَا فيه من لُزُومِ الْأُجْرَةِ من غَيْرِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ وَالِانْتِقَالُ من عَمَلٍ لَا يَكُونُ إلَّا لِلْإِعْرَاضِ عن الْأَوَّلِ وَرَغْبَتِهِ عنه فَإِنْ مَنَعْنَاهُ عن الِانْتِقَالِ أَضْرَرْنَا بِهِ وَإِنْ أَبْقَيْنَا الْعَقْدَ بَعْدَ الِانْتِقَالِ لَأَلْزَمْنَاهُ الْأُجْرَةَ من غَيْرِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهِ وَلَوْ أَرَادَ

أَنْ يَنْتَقِلَ من حَانُوتٍ إلَى حَانُوتٍ لِيَعْمَلَ ذلك الْعَمَلَ بِعَيْنِهِ في الثَّانِي لَمَّا أَنَّ الثَّانِيَ أَرْخَصُ وَأَوْسَعُ عليه لم يَكُنْ ذلك عُذْرًا لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ من الْأَوَّلِ من غَيْرِ ضَرَرٍ وَإِنَّمَا بَطَلَتْ زِيَادَةُ الْمَنْفَعَةِ وقد رضي بِالْقَدْرِ الْمَوْجُودِ منها في الْأَوَّلِ

وَعَلَى هذا إذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِمَا لَا يَصِلُ إلَى الِانْتِفَاعِ بِهِ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَدْخُلُ في مِلْكِهِ أو بَدَنِهِ ثُمَّ بَدَا له أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيُقَصِّرَ له ثِيَابًا أو ليقطها (((ليقطعها))) أو يَخِيطَهَا أو يَهْدِمَ دَارًا له أو يَقْطَعَ شَجَرًا له أو لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ أو لِيَحْجُمَ أو لِيَفْصِدَ أو لِيَزْرَعَ أَرْضًا أو يُحْدِثَ في مِلْكِهِ شيئا من بِنَاءٍ أو تِجَارَةٍ أو حَفْرٍ ثُمَّ بَدَا له أَنْ لَا يَفْعَلَ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ وَلَا يُجْبَرُ على شَيْءٍ من ذلك لِأَنَّ الْقِصَارَةَ وَالْقَطْعَ نُقْصَانٌ عَاجِلٌ في الْمَالِ بِالْغُسْلِ وَالْقَطْعِ وَفِيهِ ضَرَرٌ وَهَدْمُ الدَّارِ وَقَطْعُ الشَّجَرِ إتْلَافُ الْمَالِ وَالزِّرَاعَةُ إتْلَافُ البذر (((البذور))) وفي الْبِنَاءِ إتْلَافُ الْآلَةِ وَقَلْعُ الضِّرْسِ وَالْحِجَامَةُ وَالْفَصْدُ إتْلَافُ جُزْءٍ من الْبَدَنِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهِ إلَّا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لها لِمَصْلَحَةٍ تَأَمَّلَهَا تَرْبُو على الْمَضَرَّةِ فإذا بَدَا له عُلِمَ أَنَّهُ لَا مَصْلَحَةَ فيه فَبَقِيَ الْفِعْلُ ضَرَرًا في نَفْسِهِ فَكَانَ له الِامْتِنَاعُ من الضَّرَرِ بِالْفَسْخِ إذْ الْإِنْسَانُ لَا يُجْبَرُ على الْإِضْرَارِ بِنَفْسِهِ

وَكَذَلِكَ لو اسْتَأْجَرَ إبِلًا إلَى مَكَّةَ ثُمَّ بَدَا لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ لَا يَخْرُجَ فَلَهُ ذلك وَلَا يُجْبَرُ على السَّفَرِ لِأَنَّهُ لِمَا بَدَا له عَلِمَ أَنَّ السَّفَرَ ضَرَرٌ فَلَا يُجْبَرُ على تَحَمُّلِ الضَّرَرِ

وَكَذَا كُلُّ من اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ ثُمَّ قَعَدَ عن السَّفَرِ فَلَهُ ذلك لِمَا قُلْنَا

وقد قالوا إنَّ الْجَمَّالَ إذَا قال لِلْحَاكِمِ أن هذا لَا يُرِيدُ أَنْ يَتْرُكَ السَّفَرَ وَإِنَّمَا يُرِيدُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ قال له الْحَاكِمِ انْتَظِرْهُ فَإِنْ خَرَجَ ثُمَّ قَفَلَ الْجَمَّالُ معه فإذا فَعَلْت ذلك فَلَكَ الْأَجْرُ

فَإِنْ قال صَاحِبَ الدَّارِ لِلْحَاكِمِ إنَّ هذا لَا يُرِيدُ سَفَرًا وَإِنَّمَا يقول ذلك لِيَفْسَخَ الْإِجَارَةَ اسْتَحْلَفَهُ الْحَاكِمُ بِاَللَّهِ عز وجل أَنَّهُ يُرِيدُ السَّفَرَ الذي عَزَمَ عليه لِأَنَّهُ يَدَّعِي سَبَبَ الْفَسْخِ وهو إرَادَةُ السَّفَرِ وَلَا يُمْكِنُهُ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إلَّا مع يَمِينِهِ

وَقَالُوا لو خَرَجَ من الْمِصْرِ فَرَاسِخَ ثُمَّ رَجَعَ فقال صَاحِبُ الدَّارِ إنَّمَا أَظْهَرَ الْخُرُوجَ لِفَسْخِ الْإِجَارَةِ وقد عَادَ اسْتَحْلَفَهُ الْحَاكِمُ بِاَللَّهِ عز وجل لقد خَرَجَ قَاصِدًا إلَى الْمَوْضِعِ الذي ذَكَرَ لِأَنَّ الْمُؤَاجِرَ يَدَّعِي أَنَّ الْفَسْخَ وَقَعَ بِغَيْرِ عُذْرٍ وهو عَزْمُ السَّفَرِ إلَى الموضع (((موضع))) مَعْلُومٍ وَلَا يُمْكِنُهُ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه لِأَنَّ عَزْمَ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يُعْلَمُ إلَّا من جِهَتِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ

وَأَمَّا الْجَمَّالُ إذَا بَدَا له من الْخُرُوجِ فَلَيْسَ له أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ لِأَنَّ خُرُوجَ الْجَمَّالِ مع الْجِمَالِ ليس بِمُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فإن له أَنْ يَبْعَثَ غَيْرَهُ مع الْجِمَالِ فَلَا يَكُونُ قُعُودُهُ عُذْرًا بِخِلَافِ خُرُوجِ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ غَرَضَهُ يَتَعَلَّقُ بِخُرُوجِهِ بِنَفْسِهِ فَكَانَ قُعُودُهُ عُذْرًا

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفِرَ له بِئْرًا فَحَفَرَ بَعْضَهَا فَوَجَدَهَا صُلْبَةً أو خَرَجَ حَجَرًا أو وَجَدَهَا رَخْوَةً بِحَيْثُ يُخَافُ التَّلَفُ كان عُذْرًا لِأَنَّهُ يَعْجِزُ عن الْمُضِيِّ في مُوجَبِ الْعَقْدِ إلَّا بِضَرَرٍ لم يَلْتَزِمْهُ

وقال هِشَامٌ عن أبي يُوسُفَ في امْرَأَةٍ وَلَدَتْ يوم النَّحْرِ قبل أَنْ تَطُوفَ فَأَبَى الْجَمَّالُ أَنْ يُقِيمَ قال هذا عُذْرٌ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهَا الْخُرُوجُ من غَيْرِ طَوَافٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى إلْزَامِ الْجَمَّالِ لِلْإِقَامَةِ مُدَّةَ النِّفَاسِ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ إذْ هِيَ مُدَّةُ ما جَرَتْ الْعَادَةُ بِإِقَامَةِ الْقَافِلَةِ قَدْرَهَا فَيُجْعَلُ عُذْرًا في فَسْخِ الْإِجَارَةِ وَإِنْ كانت قد وَلَدَتْ قبل ذلك وقد بَقِيَ من مُدَّةِ نِفَاسِهَا كَمُدَّةِ الْحَيْضِ أو أَقَلَّ أُجْبِرَ الْجَمَّالُ

عِلى الْمُقَام مَعَهَا لِأَنَّ هذه الْمُدَّةَ قد جَرَتْ الْعَادَةُ بِمَقَامِ الْحَاجِّ فيها بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْحَجِّ
وَأَمَّا الذي هو في جَانِبِ الْمُؤَاجِرِ فَنَحْوُ أَنْ يَلْحَقَهُ دَيْنٌ فَادِحٌ لَا يَجِدُ قَضَاءَهُ إلَّا من ثَمَنِ الْمُسْتَأْجَرِ من الْإِبِلِ وَالْعَقَارِ وَنَحْوِ ذلك إذَا كان الدَّيْنُ ثَبَتَ قبل عَقْدِ الْإِجَارَةِ بِالْبَيِّنَةِ أو بِالْإِقْرَارِ أو ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ وَلَوْ ثَبَتَ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ بِالْإِقْرَارِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالدَّيْنُ الثَّابِتُ بِالْإِقْرَارِ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ لَا تُفْسَخُ بِهِ الْإِجَارَةُ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ في هذا الْإِقْرَارِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُقِرُّ بِالدَّيْنِ على نَفْسِهِ كَاذِبًا وَهَذَا الْعُذْرُ من جَانِبِ الْمُؤَاجِرِ بِنَاءً على أَنَّ بَيْعَ الْمُؤَاجِرِ لَا يَنْفُذُ عِنْدَنَا من غَيْرِ إجَازَةِ الْمُسْتَأْجِرِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ على ما نَذْكُرهُ وإذا لم يَجُزْ الْبَيْعُ مع عَقْدِ الْإِجَارَةِ جُعِلَ الدَّيْنُ عُذْرًا في فَسْخِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ إبْقَاءَ الْإِجَارَةِ مع لُحُوقِ الدَّيْنِ الْفَادِحِ الْعَاجِلِ إضْرَارٌ بِالْمُؤَاجِرِ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ الْجَبْرُ على تَحَمُّلِ ضَرَرٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ
فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَحْبِسُهُ الْقَاضِي وهو غَيْرُ قَادِرٍ على قَضَاءِ الدَّيْنِ بِالْمُؤَاجَرِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ بِهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْبِسَهُ الْقَاضِي فَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يُصَدِّقُهُ أَنَّهُ لَا مَالَ له سِوَى الْمُؤَاجَرِ فَيَحْبِسُهُ إلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ وفي الْحَبْسِ ضَرَرٌ على أَنَّهُ وإن لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ غَيْرُ الْمُؤَاجَرِ لَكِنَّ حَقَّ الْمُسْتَأْجِرِ إنَّمَا تعلق (((يتعلق))) بِالْمَنْفَعَةِ لَا بِالْعَيْنِ وَقَضَاءُ الدَّيْنِ يَكُونُ من

بَدَلِ الْعَيْنِ وهو الثَّمَنُ فَيُحْبَسُ حتى يَبِيعَ
وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى شيئا فَأَجَرَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ على عَيْبٍ بِهِ له أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ وَيَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ على بَائِعِهِ وَإِنْ رضي الْمُسْتَأْجِرُ بِالْعَيْبِ وَيُجْعَلُ حَقُّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ عُذْرًا له في فَسْخِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على اسْتِيفَائِهَا إلَّا بِضَرَرٍ وهو الْتِزَامُ الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ وَلَوْ أَرَادَ الْمُؤَاجِرُ السَّفَرَ أو النُّقْلَةَ عن الْبَلَدِ وقد أَجَرَ عَقَارًا له فَلَيْسَ ذلك بِعُذْرٍ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ منفعة الْعَقَارِ مع غَيْبَتِهِ لَا ضَرَرَ عليه فيه
قال أبو يُوسُفَ إنْ مَرِضَ الْمُؤَاجِرُ أو أَصَابَ إبِلَهُ دَاءٌ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ إذَا كانت بِعَيْنِهَا أَمَّا إذَا أَصَابَ الْإِبِلَ دَاءٌ فَلِأَنَّ اسْتِعْمَالَ الدَّابَّةِ مع ما بها من الدَّاءِ إجْحَافٌ بها وَفِيهِ ضَرَرٌ بِصَاحِبِهَا وَالضَّرَرُ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ فَيَثْبُتُ له حَقُّ الْفَسْخِ وَكَذَا الْمُسْتَأْجِرُ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَنْقُصُ بِمَرَضِ الْإِبِلِ فَصَارَ ذلك عَيْبًا فيها
وَأَمَّا مَرَضُ الْجَمَّالِ فَظَاهِرُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَكُونَ عُذْرًا لِأَنَّ أَثَرَ الْمَرَضِ في الْمَنْعِ من الْخُرُوجِ وَخُرُوجُ الْجَمَّالِ بِنَفْسِهِ مع الْجِمَالِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ
وَأَمَّا وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ وهو الْفَرْقُ بين مَرَضِ الْجَمَّالِ وَبَيْنَ قُعُودِهِ أَنَّ الْجَمَّالَ يَقُومُ على جِمَالِهِ بِنَفْسِهِ فإذا مَرِضَ لَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ إلَّا بِضَرَرٍ وَلَيْسَ كَذَلِكَ إذَا بَدَا له من الْخُرُوجِ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ على الْخُرُوجِ فإذا تَرَكَ ذلك بِاخْتِيَارِهِ كان عليه أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مَقَامَهُ
وَلَوْ أَجَرَ صَانِعٌ من الصُّنَّاعِ أو عَامِلٌ من الْعُمَّالِ نَفْسَهُ لِعَمَلٍ أو صِنَاعَةٍ ثُمَّ قال بَدَا لي أَنْ أَتْرُكَ هذا الْعَمَلَ وانتقل منه إلَى غَيْرِهِ قال مُحَمَّدٌ إنْ كان ذلك من عَمَلِهِ بِأَنْ كان حَجَّامًا فقال قد أَنِفْتُ من عَمَلِي وَأُرِيدُ تَرْكَهُ لم يَكُنْ له ذلك

وَيُقَالُ أَوْفِ الْعَمَلَ ثُمَّ انْتَقِلْ إلَى ما شِئْتَ من الْعَمَلِ لِأَنَّ الْعَقْدَ قد لَزِمَهُ وَلَا عَارَ عليه فيه لِأَنَّهُ من أَهْلِ تِلْكَ الْحِرْفَةِ فَهُوَ بِقَوْلِهِ أُرِيدُ أَنْ أَتْرُكَهُ يُرِيدُ أَنْ يَدْفَعَ عنه في الْحَالِ وَيَقْدِرُ على ذلك بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعَمَلِ وَإِنْ كان ذلك الْعَمَلُ ليس من عَمَلِهِ وَصَنْعَتِهِ بَلْ أَسْلَمَ نَفْسَهُ فيها وَذَلِكَ مِمَّا يُعَابُ بِهِ أو كانت امْرَأَةً أَجَرَتْ نَفْسَهَا ظِئْرًا وَهِيَ مِمَّنْ تُعَابُ بِذَلِكَ فَلِأَهْلِهَا أَنْ يُخْرِجُوهَا

وَكَذَلِكَ إنْ أَبَتْ هِيَ أَنْ تُرْضِعَهُ لأن من لَا يَكُونُ من أَهْلِ الصَّنَائِعِ الدَّنِيئَةِ إذَا دخل فيها يَلْحَقُهُ الْعَارُ فإذا أَرَادَ التَّرْكَ فَهُوَ لَا يَقْدِرُ على إيفَاءِ الْمَنَافِعِ إلَّا بِضَرَرٍ وَكَذَلِكَ الظِّئْرُ إذَا لم تَكُنْ مِمَّنْ يُرْضِعُ مِثْلُهَا فَلِأَهْلِهَا الْفَسْخُ لِأَنَّهُمْ يُعَيَّرُونَ بِذَلِكَ وفي الْمَثَلِ السَّائِرِ تَجُوعُ الْحُرَّةُ وَلَا تَأْكُلُ بِثَدْيَيْهَا فَإِنْ لم يُمْكِنْ إيفَاءُ الْعَقْدِ إلَّا بِضَرَرٍ فَلَا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ إلَّا بِضَرَرٍ بِخِلَافِ ما إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ إنه لَا يَثْبُتُ لها حَقُّ الْفَسْخِ وَيَثْبُتُ لِلْأَوْلِيَاءِ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يُفْسَخُ بِالْعُذْرِ فَقَدْ لَزِمَهَا الْعَقْدُ وَالْإِجَارَةُ تَنْفَسِخُ بِالْعُذْرِ وَإِنْ وَقَعَتْ لَازِمَةً

وَلَوْ انْهَدَمَ مَنْزِلُ الْمُؤَاجِرِ ولم يَكُنْ له مَنْزِلٌ آخَرُ سِوَى الْمَنْزِلِ الْمُؤَاجَرِ فَأَرَادَ أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ وَيَسْكُنَهَا ليس له ذلك لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْزِلًا آخَرَ أو يَشْتَرِيَ فَلَا ضَرُورَةَ إلَى فَسْخِ الْإِجَارَةِ وَكَذَا إذَا أَرَادَ التَّحَوُّلَ من الْمِصْرِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَتْرُكَ الْمَنْزِلَ في الْإِجَارَةِ وَيَخْرُجَ بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ إذَا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ لِمَا ذَكَرْنَا

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْجِرُ مَنْزِلًا فَأَرَادَ التَّحَوُّلَ إلَيْهِ لم يَكُنْ ذلك عُذْرًا لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارَ نَفْسِهِ فَشِرَاؤُهُ دَارًا أُخْرَى أو وُجُودُ دَارٍ أُخْرَى لَا يُوجِبُ عُذْرًا في الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا الذي هو في جَانِبِ الْمُسْتَأْجَرِ فَمِنْهَا عِتْقُ الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ فإنه عُذْرٌ في فَسْخِ الْإِجَارَةِ حتى لو أَجَرَ رَجُلٌ عَبْدَهُ سَنَةً فلما مَضَتْ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أَعْتَقَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ مَضَى على الْإِجَارَةِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ

أَمَّا الْعِتْقُ فَلَا شَكَّ في نَفَاذِهِ لِصُدُورِ الْإِعْتَاقِ من الْأَهْلِ في الْمَحَلِّ الْمَمْلُوكِ الْمَرْقُوقِ وَالْعَارِضُ وهو حَقُّ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يُؤَثِّرُ إلَّا في الْمَنْعِ من التَّسْلِيمِ وَنَفَاذُ الْعِتْقِ لَا يَقِفُ على إمْكَانِ التَّسْلِيمِ بِدَلِيلِ أَنَّ اعتاق الْآبِقِ نَافِذٌ

وَأَمَّا الْخِيَارُ فَلِأَنَّ الْعَقْدَ على الْمَنَافِعِ يَنْعَقِدُ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِهَا فَيَصِيرُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ كَأَنَّهُ عَقَدَ عليه ابْتِدَاءً فَكَانَ له خِيَارُ الْإِجَارَةِ وَالْفَسْخِ فَإِنْ فَسَخَ بَطَلَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَسَقَطَ عن الْمُسْتَأْجِرِ الْأَجْرُ فِيمَا بَقِيَ وكان أَجْرُ ما مَضَى لِلْمَوْلَى لِأَنَّهَا بَدَلُ مَنْفَعَةٍ اُسْتُوْفِيَتْ على مِلْكِ بِعَقْدِهِ وَإِنْ أَجَازَ وَمَضَى على الْإِجَارَةِ فَالْأُجْرَةُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ إلَى تَمَامِ السَّنَةِ تَكُونُ لِلْعَبْدِ لِأَنَّهَا بَدَلُ مَنْفَعَةٍ اُسْتُوْفِيَتْ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَتْ له كما لو أَجَرَ نَفْسَهُ من إنْسَانٍ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى في الْمُدَّةِ فَلَا خِيَارَ له بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إذَا أَجَرَ نَفْسَهُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ فَإِنْ اخْتَارَ الْإِجَارَةَ لم يَكُنْ له أَنْ يَنْقُضَهَا بَعْدَ ذلك لِأَنَّهُ بِاخْتِيَارِ الْإِجَارَةِ أَبْطَلَ حَقَّ الْفَسْخِ فَلَا يُحْتَمَلُ الْعَوْدُ وَقَبْضُ الْأُجْرَةِ كُلِّهَا لِلْمَوْلَى وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَقْبِضَ الْأُجْرَةَ إلَّا بِوَكَالَةٍ من الْمَوْلَى لِأَنَّ الْعَاقِدَ هو الْمَوْلَى وَحُقُوقُ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ هذا إنْ لم يَكُنْ الْمُسْتَأْجِرُ عَجَّلَ الْأُجْرَةَ وَلَا شَرَطَ الْمَوْلَى عليه

التَّعْجِيلَ فَإِنْ كان عَجَّلَ أو شَرَطَ عليه التَّعْجِيلَ فَأَعْتَقَ الْعَبْدَ وَاخْتَارَ الْمُضِيَّ على الْإِجَارَةِ فَالْأُجْرَةُ كُلُّهَا لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالتَّعْجِيلِ أو بِاشْتِرَاطِ التَّعْجِيلِ وَإِنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ يَرُدُّ النِّصْفَ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ بِمُقَابَلَةِ الْمَنْفَعَةِ ولم يَسْلَمْ له إلَّا مَنْفَعَةُ نِصْفِ الْمُدَّةِ وَسَوَاءٌ كان الْمَوْلَى آجَرَهُ بِنَفْسِهِ أو أَذِنَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ سَنَةً فَآجَرَ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى في نِصْفِ الْمُدَّةِ لِأَنَّ عَقْدَهُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى كَعَقْدِ الْمَوْلَى بِنَفْسِهِ إلَّا أن قَبَضَ الْأُجْرَةَ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى في الْمُدَّةِ لِأَنَّ إجَارَةَ الْمَحْجُورِ وَقَعَتْ فَاسِدَةً وَخِيَارُ الْإِمْضَاءِ في الْعَقْدِ الْفَاسِدِ لَا يَثْبُتُ شَرْعًا فَبَطَلَ الْعَقْدُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ

وَمِنْهَا بُلُوغُ الصَّبِيِّ الْمُسْتَأْجَرِ آجَرَهُ أَبُوهُ أو وَصِيُّ أبيه أو جَدُّهُ أو وَصِيُّ جَدِّهِ أو الْقَاضِي أو أَمِينُهُ فَبَلَغَ في الْمُدَّةِ فَهُوَ عُذْرٌ إنْ شَاءَ أَمْضَى الْإِجَارَةَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ لِأَنَّ في إبْقَاءِ الْعَقْدِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ضَرَرًا بِالصَّبِيِّ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ فَيَعْجِزُ عن الْمُضِيِّ في مُوجَبِ الْعَقْدِ إلَّا بِضَرَرٍ لم يَلْتَزِمْهُ فَكَانَ عُذْرًا

وَلَوْ أَجَرَ وَاحِدٌ من هَؤُلَاءِ شيئا من مَالِهِ فَبَلَغَ قبل تَمَامِ الْمُدَّةِ لَا خِيَارَ له

وَالْفَرْقُ بين إجَارَةِ النَّفْسِ وَالْمَالِ ذَكَرَهُ في كِتَابِ الْبُيُوعِ أن إجَارَةَ مَالِهِ تَصَرُّفٌ نُظِرَ في حَقِّهِ فَلَا يَمْلِكُ إبْطَالَهُ بِالْبُلُوغِ فَأَمَّا إجَارَةُ النَّفْسِ فَهُوَ في وَضْعِهَا إضْرَارٌ وَإِنَّمَا يَمْلِكُهَا الْوَلِيُّ أو الْوَصِيُّ من حَيْثُ هِيَ تَأْدِيبٌ وقد انْقَطَعَتْ وِلَايَةُ التَّأْدِيبِ بِالْبُلُوغِ فَأَمَّا غَلَاءُ أَجْرِ الْمِثْلِ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ تَنْفَسِخُ بِهِ الْإِجَارَةُ إلَّا في إجَارَةِ الْوَقْفِ حتى لو آجَرَ دَارًا هِيَ مِلْكُهُ ثُمَّ غَلَا أَجْرُ مِثْلِ الدَّارِ ليس (((فليس))) له أَنْ يَفْسَخَ الْعَقْدَ إلَّا في الْوَقْفِ فإنه يُفْسَخُ نَظَرًا لِلْوَقْفِ وَيُجَدَّدُ الْعَقْدُ في الْمُسْتَقْبَلِ على أُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ وَفِيمَا مَضَى يَجِبُ الْمُسَمَّى بِقَدْرِهِ وَقِيلَ هذا إذَا ازْدَادَ أَجْرُ مِثْلِ الدُّورِ

فَأَمَّا إذَا جاء وَاحِدٌ وزاد في الْأُجْرَةِ تَعَنُّتًا على الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ فَلَا يُعْتَبَرُ ذلك ثم إنَّمَا تُفْسَخُ هذه الْإِجَارَةُ إذَا أَمْكَنَ الْفَسْخُ فَأَمَّا إذَا لم يُمْكِنْ فَلَا تُفْسَخُ بِأَنْ كان في الْأَرْضِ زَرْعٌ لم يُسْتَحْصَدْ لِأَنَّ في الْقَلْعِ ضَرَرًا بِالْمُسْتَأْجِرِ فَلَا تُفْسَخُ بَلْ تُتْرَكُ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الرزع (((الزرع))) بِأَجْرِ الْمِثْلِ فَإِلَى وَقْتِ الزِّيَادَةِ يَجِبُ الْمُسَمَّى بِقَدْرِهِ وَبَعْدَ الزِّيَادَةِ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ هذا إذَا غَلَا أَجْرُ مِثْلِ الْوَقْفِ فَأَمَّا إذَا رَخُصَ فإن الْإِجَارَةَ لَا تُفْسَخُ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ رضي بِذَلِكَ الْقَدْرِ وَزِيَادَةٍ وَلِأَنَّ الْفَسْخَ في الْوَقْفِ عِنْدَ الْغَلَاءِ لِمَعْنًى النَّظَرِ لِلْوَقْفِ وفي هذا ضَرَرٌ فَلَا تُفْسَخُ

وَأَمَّا الْعُذْرُ في اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ فَنَحْوُ أَنْ لَا يَأْخُذَ الصَّبِيُّ من لَبَنِهَا لِأَنَّهُ لم يَحْصُلْ بَعْضُ ما دخل تَحْتَ الْعَقْدِ أو بَقِيَ من لَبَنِهَا لِأَنَّ الصَّبِيَّ يَتَضَرَّرُ بِهِ أو تَحْبَلَ الظِّئْرُ لِأَنَّ لَبَنَ الْحَامِلِ يَضُرُّ بِالصَّبِيِّ أو تَكُونَ سَارِقَةً لِأَنَّهُمْ يَخَافُونَ على مَتَاعِهِمْ أو تَكُونَ فَاجِرَةً بَيِّنَةَ الْفُجُورِ لِأَنَّهَا تَتَشَاغَلُ بِالْفُجُورِ عن حِفْظِ الصَّبِيِّ أو أَرَادُوا أَنْ يُسَافِرُوا بِصَبِيِّهِمْ وَأَبَتْ الظِّئْرُ أَنْ تَخْرُجَ مَعَهُمْ لِأَنَّ في إلْزَامِهِمْ تَرْكَ الْمُسَافَرَةِ إضْرَارًا بِهِمْ وفي إبْقَاءِ الْعَقْدِ بَعْدَ السَّفَرِ إضْرَارًا أَيْضًا أو تَمْرَضَ الظِّئْرُ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يَتَضَرَّرُ بِلَبَنِ الْمَرِيضَةِ وَالْمَرْأَةُ تَتَضَرَّرُ بِالْإِرْضَاعِ في الْمَرَضِ أَيْضًا فَيَثْبُتُ حَقُّ الْفَسْخِ من الْجَانِبَيْنِ فَإِنْ كَانُوا يُؤْذُونَهَا بِأَلْسِنَتِهِمْ أُمِرُوا أَنْ يَكُفُّوا عنها فَإِنْ لم يَكُفُّوا كان لها أَنْ تَخْرُجَ لِأَنَّ الْأَذِيَّةَ مَحْظُورَةٌ فَعَلَيْهِمْ تَرْكُهَا فَإِنْ لم يَتْرُكُوهَا كان في إبْقَاءِ الْعَقْدِ ضَرَرٌ غَيْرُ مُلْتَزَمٍ بِالْعَقْدِ فَكَانَ عُذْرًا

وَلِلزَّوْجِ أَنْ يُخْرِجَهَا من الرَّضَاعِ إنْ لم تَكُنْ الْإِجَارَةُ بِرِضَاهُ

وَقِيلَ هو على التَّفْصِيلِ إنْ كان مِمَّنْ يَشِينُهُ أَنْ تُرْضِعَ زَوْجَتُهُ فَلَهُ الْفَسْخُ لِأَنَّهُ يُعَيَّرُ بِذَلِكَ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَإِنْ كان مِمَّنْ لَا يَشِينُهُ ذلك لم يَكُنْ له أَنْ يَفْسَخَ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ بِالنِّكَاحِ مَنَافِعُ بُضْعِهَا لَا مَنَافِعُ ثَدْيِهَا فَكَانَتْ هِيَ بِالْإِجَارَةِ مُتَصَرِّفَةً في حَقِّهَا وَقِيلَ له الْفَسْخُ في الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهَا إنْ أَرْضَعَتْ الصَّبِيَّ في بَيْتِهِمْ فَلِلزَّوْجِ

أَنْ يَمْنَعَهَا من الْخُرُوجِ من مَنْزِلِهِ وَإِنْ أَرْضَعَتْ في بَيْتِهِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا من إدْخَالِ الصَّبِيِّ إلَى بَيْتِهِ ثُمَّ إذَا اعْتَرَضَ شَيْءٌ من هذه الْأَعْذَارِ التي وَصَفْنَاهَا فَالْإِجَارَةُ تَنْفَسِخُ بنفسه (((بنفسها))) أو تَحْتَاجُ إلَى الْفَسْخِ
قال بَعْضُ مَشَايِخِنَا تَنْفَسِخُ بِنَفْسِهَا وقال بَعْضُهُمْ لَا تَنْفَسِخُ وَالصَّوَابُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إلَى الْعُذْرِ إنْ كان يُوجِبُ الْعَجْزَ عن الْمُضِيِّ في مُوجَبِ الْعَقْدِ شَرْعًا بِأَنْ كان الْمُضِيُّ فيه حَرَامًا فَالْإِجَارَةُ تُنْتَقَضُ بِنَفْسِهَا كما في الْإِجَارَةِ على قَلْعِ الضِّرْسِ إذَا اشْتَكَتْ ثُمَّ سَكَنَتْ وَعَلَى قَطْعِ الْيَدِ المتآكلة إذَا برأت (((برئت))) وَنَحْوِ ذلك وَإِنْ كان الْعُذْرُ بِحَيْثُ لَا يُوجِبُ الْعَجْزَ عن ذلك لَكِنَّهُ يَتَضَمَّنُ نَوْعَ ضَرَرٍ لم يُوجِبْهُ الْعَقْدُ لَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِالْفَسْخِ وَهَلْ يُحْتَاجُ فيه إلَى فَسْخِ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي ذَكَرَ في الْأَصْلِ وفي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ لَا يُحْتَاجُ إلَيْهِ بَلْ لِلْعَاقِدِ فَسْخُهَا
وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أنها لَا تنفسخ (((تفسخ))) إلَّا بِفَسْخِ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي وَجْهُ ما ذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّ هذا خِيَارٌ ثَبَتَ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَأَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ

وَجْهُ الْمَذْكُورِ في الْأَصْلِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْمَنَافِعَ في الْإِجَارَةِ لَا تُمْلَكُ جُمْلَةً وَاحِدَةً بَلْ شيئا فَشَيْئًا فَكَانَ اعْتِرَاضُ الْعُذْرِ فيها بِمَنْزِلَةِ عَيْبٍ حَدَثَ قبل الْقَبْضِ وَالْعَيْبُ الْحَادِثُ قبل الْقَبْضِ في باب الْبَيْعِ يُوجِبُ لِلْعَاقِدِ حَقَّ الْفَسْخِ وَلَا يَقِفُ ذلك على الْقَضَاءِ وَالرِّضَا كَذَا هذا
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من فَصَّلَ فيه تَفْصِيلًا فقال إنْ كان الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَا حَاجَةَ إلَى الْقَضَاءِ وَإِنْ كان خَفِيًّا كَالدَّيْنِ يُشْتَرَطُ الْقَضَاءُ لِيَظْهَرَ الْعُذْرُ فيه وَيَزُولَ الِاشْتِبَاهُ وَهَذَا حَسَنٌ وَيَنْبَغِي أَنْ يَبِيعَ الْمُسْتَأْجَرَ ثُمَّ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الْإِجَارَةِ فَالْإِجَارَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ إذَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً عَرِيَّةً عن خِيَارِ الشَّرْطِ وَالْعَيْبِ وَالرُّؤْيَةِ عِنْدَ عام (((عامة))) الْعُلَمَاءِ فَلَا تُفْسَخُ من غَيْرِ عُذْرٍ وقال شُرَيْحٌ إنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ وَتُفْسَخُ بِلَا عُذْرٍ لِأَنَّهَا إبَاحَةُ الْمَنْفَعَةِ فَأَشْبَهَتْ الْإِعَارَةَ
وَلَنَا أنها تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ فَأَشْبَهَتْ الْبَيْعَ وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } وَالْفَسْخُ ليس من الْإِيفَاءِ بِالْعَقْدِ
وقال عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ جَعَلَ الْبَيْعَ نَوْعَيْنِ نَوْعًا لَا خِيَارَ فيه وَنَوْعًا فيه خِيَارٌ وَالْإِجَارَةُ بَيْعٌ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ نَوْعَيْنِ نَوْعًا ليس فيه خِيَارُ الْفَسْخِ وَنَوْعًا فيه خِيَارُ الْفَسْخِ وَلِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ عُقِدَتْ مُطْلَقَةً فَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ فيها بِالْفَسْخِ إلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ عن الْمُضِيِّ في مُوجَبِ الْعَقْدِ من غَيْرِ تَحَمُّلِ ضَرَرٍ كَالْبَيْعِ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْإِجَارَةِ فَالْإِجَارَةُ لَا تَخْلُو إمَّا أن كانت صَحِيحَةً وأما إنْ كانت فَاسِدَةً وأما إنْ كانت بَاطِلَةً أَمَّا الصَّحِيحَةُ فَلَهَا أَحْكَامٌ بَعْضُهَا أَصْلِيٌّ وَبَعْضُهَا من التَّوَابِعِ أَمَّا الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ فَالْكَلَامُ فيه في ثلاث مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ وفي بَيَانِ وَقْتِ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ ثُبُوتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ في الْمَنْفَعَةِ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَثُبُوتُ الْمِلْكِ في الْأُجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ لِلْآجِرِ لِأَنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ إذْ هِيَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ وَالْبَيْعُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ

فَيَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ في الْعِوَضَيْنِ
وَأَمَّا وَقْتُ ثُبُوتِهِ فَالْعَقْدُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان عُقِدَ مُطْلَقًا عن شَرْطِ تَعْجِيلِ الْأُجْرَةِ وأما إن شُرِطَ فيه تَعْجِيلُ الْأُجْرَةِ أو تَأْجِيلُهَا فَإِنْ عُقِدَ مُطْلَقًا فَالْحُكْمُ يَثْبُتُ في الْعِوَضَيْنِ في وَقْتٍ وَاحِدٍ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُؤَاجِرِ في الْأُجْرَةِ وَقْتَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْمُسْتَأْجِرِ في الْمَنْفَعَةِ وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا
وقال الشَّافِعِيُّ حُكْمُ الْإِجَارَةِ الْمُطْلَقَةِ هو ثُبُوتُ الْمِلْكِ في الْعِوَضَيْنِ عَقِيبَ الْعَقْدِ بِلَا فَصْلٍ وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ ثُبُوتِ حُكْمِ الْعَقْدِ فَعِنْدَنَا يَثْبُتُ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِ مَحَلِّهِ وهو الْمَنْفَعَةُ لِأَنَّهَا تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا وَعِنْدَهُ تُجْعَلُ الْمُدَّةُ مَوْجُودَةً تَقْدِيرًا كَأَنَّهَا أَعْيَانٌ قَائِمَةٌ وَيَثْبُتُ الْحُكْمُ فيها في الْحَالِ وَعَلَى هذا يبني أَنَّ الْأُجْرَةَ لَا تُمْلَكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ الْمُطْلَقِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ تُمْلَكُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وقد وُجِدَتْ مُطْلَقَةً وَالْمُعَاوَضَةُ الْمُطْلَقَةُ تَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ في الْعِوَضَيْنِ عَقِيبَ الْعَقْدِ كَالْبَيْعِ إلَّا أَنَّ الْمِلْكَ لَا بُدَّ له من مَحَلٍّ يثبت (((تثبت))) فيه مَنَافِعُ الْمُدَّةِ معلومة (((المعلومة))) في الْحَالِ حَقِيقَةً فَتُجْعَلُ مَوْجُودَةً حُكْمًا تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ وقد يُجْعَلُ الْمَعْدُومُ حَقِيقَةً مَوْجُودًا تَقْدِيرًا عِنْدَ تَحَقُّقِ الْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ
وَلَنَا أَنَّ الْمُعَاوَضَةَ الْمُطْلَقَةَ إذَا لم يَثْبُتْ الْمِلْكُ فيها في أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ لَا يَثْبُتُ في الْعِوَضِ الْآخَرِ إذْ لو ثَبَتَ لَا يَكُونُ مُعَاوَضَةً حَقِيقَةً لِأَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ وَلِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ في الْعُقُودِ الْمُطْلَقَةِ مَطْلُوبُ الْعَاقِدَيْنِ وَلَا مُسَاوَاةَ إذَا لم يَثْبُتْ الْمِلْكُ في أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ وَالْمِلْكُ لم يَثْبُتْ في أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ وهو مَنَافِعُ الْمُدَّةِ لِأَنَّهَا معدومة (((معلومة))) حَقِيقَةً فَلَا تَثْبُتُ في الْأُجْرَةِ في الْحَالِ تَحْقِيقًا لِلْمُعَاوَضَةِ الْمُطْلَقَةِ في أَيِّ وَقْتٍ تَثْبُتُ فَقَدْ كان أبو حَنِيفَةَ أَوَّلًا يقول إنَّ الْأُجْرَةَ لَا تَجِبُ إلَّا بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ مِثْلُ اسْتِئْجَارِ الْأَرْضِ سَنَةً أو عَشْرَ سِنِينَ وهو قَوْلُ زُفَرَ ثُمَّ رَجَعَ هُنَا فقال تَجِبُ يَوْمًا فَيَوْمًا وفي الْإِجَارَةِ على الْمَسَافَةِ مِثْلَ أن اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إلَى مَكَّةَ ذَاهِبًا وَجَائِيًا كان قَوْلُهُ الْأَوَّلَ أنه لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ الْأَجْرِ حتى يَعُودَ وهو قَوْلُ زُفَرَ ثُمَّ رَجَعَ وقال يُسَلِّمُ حَالًا فَحَالًا
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ يُسَلِّمُ أُجْرَةَ كل مَرْحَلَةٍ إذَا انْتَهَى إلَيْهَا وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ أَنَّ مَنَافِعَ الْمُدَّةِ أو الْمَسَافَةِ من حَيْثُ أنها مَعْقُودٌ عليها شَيْءٌ وَاحِدٌ فما لم يَسْتَوْفِهَا كُلَّهَا لَا يَجِبُ شَيْءٌ من بَدَلِهَا كَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا يَخِيطُ ثَوْبًا فَخَاطَ بَعْضَهُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حتى يَفْرُغَ منه وَكَذَا الْقَصَّارُ وَالصَّبَّاغُ
وَجْهُ قَوْلِهِ الثَّانِي وهو الْمَشْهُورُ أَنَّهُ مِلْكُ الْبَدَلِ وهو الْمَنْفَعَةُ وإنها تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِ الزَّمَانِ فَيَمْلِكُهَا شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِهَا فَكَذَا ما يُقَابِلُهَا فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عليه تَسْلِيمُ الْأُجْرَةِ

سَاعَةً فَسَاعَةً إلَّا أَنَّ ذلك مُتَعَذِّرٌ فَاسْتُحْسِنَ فقال يَوْمًا فَيَوْمًا وَمَرْحَلَةً فَمَرْحَلَةً لِأَنَّهُ لَا يُعْذَرُ فيه وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إلَى مَكَّةَ أَنَّهُ إذَا بَلَغَ ثُلُثَ الطَّرِيقِ أو نِصْفَهُ أَعْطَى من الْأَجْرِ بِحِسَابِهِ اسْتِحْسَانًا وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ هذا قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَخِيرُ وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّيْرَ إلَى ثُلُثِ الطَّرِيقِ أو نِصْفِهِ مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ في الْجُمْلَةِ فإذا وُجِدَ ذلك الْقَدْرُ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ بَدَلِهِ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا أَبْرَأَ الْمُؤَاجِرُ الْمُسْتَأْجِرَ من الْأَجْرِ أو وَهَبَهُ له أو تَصَدَّقَ بِهِ عليه إن ذلك لَا يَجُوزُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ الْأَخِيرِ عَيْنًا كان الاجر أو دَيْنًا
وقال مُحَمَّدٌ إنْ كان دَيْنًا جَازَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ ظَاهِرٌ خَارِجٌ على الْأَصْلِ وهو أَنَّ الْأُجْرَةَ لم يَمْلِكْهَا الْمُؤَاجِرُ في الْعَقْدِ الْمُطْلَقِ عن شَرْطِ التَّعْجِيلِ وَالْإِبْرَاءُ عَمَّا ليس بِمَمْلُوكِ المبرىء (((المبرئ))) لَا يَصِحُّ بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ وَإِنَّمَا التَّأْجِيلُ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ فَيَصِحُّ الْإِبْرَاءِ عنه وَهِبَةُ غَيْرِ الْمَمْلُوكِ لَا تَصِحُّ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَا يَصِحُّ إلَّا بِالْقَبُولِ فإذا قَبِلَ الْمُسْتَأْجِرُ فَقَدْ قَصَدَا صِحَّةَ تَصَرُّفِهِمَا وَلَا صِحَّةَ إلَّا بِالْمِلْكِ فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ مُقْتَضَى التَّصَرُّفِ تَصْحِيحًا له كما في قَوْلِ الرَّجُلِ لِغَيْرِهِ أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي على أَلْفِ دِرْهَمٍ فقال أَعْتَقْت وَالْإِبْرَاءُ إسْقَاطٌ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ جَائِزٌ كَالْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ بَعْدَ الْجُرْحِ قبل الْمَوْتِ وَسَبَبُ الْوُجُوبِ هَهُنَا مَوْجُودٌ وهو الْعَقْدُ الْمُنْعَقِدُ وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إنْ كان يَعْنِي بِالِانْعِقَادِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَهُوَ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ في حَقِّ الْحُكْمِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَإِنْ كان يَعْنِي شيئا آخَرَ فَهُوَ غَيْرُ مَعْقُولٍ وَلَوْ أَبْرَأَهُ عن بَعْضِ الْأُجْرَةِ أو وَهَبَ منه جَازَ في قَوْلِهِمْ جميعا
أَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ يَجُوزُ ذلك عِنْدَهُ في الْكُلِّ فَكَذَا في الْبَعْضِ وَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّ ذلك حَطُّ بَعْضِ الْأُجْرَةِ فَيُلْحَقُ الْحَطُّ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيَصِيرُ كما لو وُجِدَ في حَالِ الْعَقْدِ بِمَنْزِلَةِ هِبَةِ بَعْضِ الثَّمَنِ في الْبَيْعِ وَحَطُّ الْكُلِّ لَا يُمْكِنُ إلْحَاقُهُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَلَا سَبِيلَ إلَى تَصْحِيحِهِ لِلْحَالِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَأَمَّا إذَا كانت الْأُجْرَةُ عَيْنًا من الْأَعْيَانِ فَوَهَبَهَا الْمُؤَاجِرُ لِلْمُسْتَأْجِرِ قبل اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ فَقَدْ قال أبو يُوسُفَ إنَّ ذلك لَا يَكُونُ نَقْضًا لِلْإِجَارَةِ
وقال مُحَمَّدٌ إنْ قَبِلَ الْمُسْتَأْجِرُ الْهِبَةَ بَطَلَتْ الْإِجَارَةُ وَإِنْ رَدَّهَا لم تَبْطُلْ أَمَّا أبو يُوسُفَ فَقَدْ مَرَّ على الْأَصْلِ أَنَّ الْهِبَةَ لم تَصِحَّ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهَا لم تُوجَدْ رَأْسًا بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي إذَا وُهِبَ الْمَبِيعَ من بَائِعِهِ قبل الْقَبْضِ وَقَبِلَهُ الْبَائِعُ إنَّ ذلك يَكُونُ نَقْضًا لِلْبَيْعِ لِأَنَّ الْهِبَةَ هُنَاكَ قد صَحَّتْ لِصُدُورِهَا من الْمَالِكِ فَثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ فَانْفَسَخَ الْبَيْعُ
وَأَمَّا مُحَمَّدٌ فإنه يقول الْأُجْرَةُ إذَا كان عَيْنًا كانت في حُكْمِ الْمَبِيعِ لِأَنَّ ما يُقَابِلُهَا هو في حُكْمِ الْأَعْيَانِ وَالْمُشْتَرِي إذَا وُهِبَ الْمَبِيعَ قبل الْقَبْضِ من الْبَائِعِ فَقَبِلَهُ الْبَائِعُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ كَذَا هذا
وإذا رَدَّ الْمُسْتَأْجِرُ الْهِبَةَ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْهِبَةَ لَا تَتِمُّ إلَّا بِالْقَبُولِ فإذا رَدَّ بَطَلَتْ وَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ
وَعَلَى هذا إذَا صَارَفَ الْمُؤَاجِرُ الْمُسْتَأْجِرَ بِالْأُجْرَةِ فَأَخَذَ بها دِينَارًا بِأَنْ كانت الْأُجْرَةُ دَرَاهِمَ إن الْعَقْدَ بَاطِلٌ عِنْدَ أبي يُوسُفَ في قَوْلِهِ الْأَخِيرِ وكان قَوْلُهُ الْأَوَّلَ إنَّهُ جَائِزٌ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ
فَأَبُو يُوسُفَ مَرَّ على الْأَصْلِ فقال الْأُجْرَةُ لم تَجِبْ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وما وَجَبَ بِعَقْدِ الصَّرْفِ لم يُوجَدْ فيه التَّقَابُضُ في الْمَجْلِسِ فَيَبْطُلَ الْعَقْدُ فيه كَمَنْ بَاعَ دِينَارًا بِعَشَرَةٍ فلم يَتَقَابَضَا وَلِأَنَّهُ يَشْتَرِي الدِّينَارَ بِدَرَاهِمَ في ذِمَّتِهِ ثُمَّ يَجْعَلُهَا قِصَاصًا بِالْأُجْرَةِ وَلَا أُجْرَةَ له فَيَبْقَى ثَمَنُ الصَّرْفِ في ذِمَّتِهِ فإذا افْتَرَقَا قبل الْقَبْضِ بَطَلَ الصَّرْفُ وَمُحَمَّدٌ يقول إذَا لم يَجُزْ الصَّرْفُ إلَّا بِبَدَلٍ وَاجِبٍ وَلَا وُجُوبَ إلَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ ثَبَتَ الشَّرْطُ مقتضى (((مقتض))) إقْدَامَهُمَا على الصَّرْفِ
وَلَوْ شَرَطَا تَعْجِيلَ الْأُجْرَةِ ثُمَّ تَصَارَفَا جَازَ كَذَا هذا
وَلَوْ اشْتَرَى الْمُؤَاجِرُ من الْمُسْتَأْجِرِ عَيْنًا من الْأَعْيَانِ بِالْأُجْرَةِ جَازَ في قَوْلِهِمْ لِأَنَّ الْعَقْدَ على الْأَعْيَانِ وَالْهِبَةِ جَائِزَانِ فَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ أَوْلَى

وَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَأَمَّا الْكَفَالَةُ فَلِأَنَّ جَوَازَهَا لَا يَسْتَدْعِي قِيَامَ الدَّيْنِ لِلْحَالِ
بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو كَفَلَ بِمَا يَذُوبُ له على فُلَانٍ جَازَتْ وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ بِالدَّرَكِ جَائِزَةٌ
وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ بِدَيْنٍ لم يَجِبْ جَائِزٌ كَالرَّهْنِ بِالثَّمَنِ في الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فيه الْخِيَارُ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ وَالرَّهْنَ شُرِعَا لِلتَّوَثُّقِ وَالتَّوَثُّقُ مُلَائِمٌ لِلْأَجْرِ هذا إذَا وَقَعَ الْعَقْدُ مُطْلَقًا عن شَرْطِ تَعْجِيلِ الْأُجْرَةِ فَأَمَّا إذَا شُرِطَ في تَعْجِيلِهَا مُلِكَتْ بِالشَّرْطِ ووجب (((وجب))) تَعْجِيلُهَا
فَالْحَاصِلُ أَنَّ الْأُجْرَةَ لَا تُمْلَكُ عِنْدَنَا إلَّا بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ أَحَدُهَا شَرْطُ التَّعْجِيلِ في نَفْسِ الْعَقْدِ
وَالثَّانِي التَّعْجِيلُ من غَيْرِ شَرْطٍ
وَالثَّالِثُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عليه
أَمَّا مِلْكُهَا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ فَلِأَنَّ ثُبُوتَ الْمِلْكِ في الْعِوَضَيْنِ في زَمَانٍ وَاحِدٍ لِتَحْقِيقِ

مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ الْمُطْلَقَةِ وَتَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ التي هِيَ مَطْلُوبُ الْعَاقِدَيْنِ وَمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَالْمُسَاوَاةِ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا في ثُبُوتِ الْمِلْكِ فِيهِمَا في زَمَانٍ وَاحِدٍ فإذا شُرِطَ التَّعْجِيلُ فلم تُوجَدْ الْمُعَاوَضَةُ الْمُطْلَقَةُ بَلْ الْمُقَيَّدَةُ بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ فَيَجِبُ اعْتِبَارُ شَرْطِهِمَا لِقَوْلِهِ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ في الْعِوَضِ قبل ثُبُوتِهِ في العوض (((المعوض))) وَلِهَذَا صَحَّ التَّعْجِيلُ في ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَإِنْ كان إطْلَاقُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي الْحُلُولَ كَذَا هذا وَلِلْمُؤَجِّرِ حَبْسُ ما وَقَعَ عليه الْعَقْدُ حتى يَسْتَوْفِيَ الْأُجْرَةَ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في جَامِعِهِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ في بَابِ الْإِجَارَةِ كَالْمَبِيعِ في بَابِ الْبَيْعِ وَالْأُجْرَةُ في الْإِجَارَاتِ كَالثَّمَنِ في الْبِيَاعَاتِ وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ فَكَذَا لِلْمُؤَاجِرِ حَبْسُ الْمَنَافِعِ إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْأُجْرَةَ الْمُعَجَّلَةَ
فَإِنْ قِيلَ لَا فَائِدَةَ في هذا الْحَبْسِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إذَا وَقَعَتْ على مُدَّةٍ فإذا حُبِسَ الْمُسْتَأْجَرُ مُدَّةً بَطَلَتْ الْإِجَارَةُ في تِلْكَ الْمُدَّةِ وَلَا شَيْءَ فيها من الْأُجْرَةِ فلم يَكُنْ الْحَبْسُ مُفِيدًا
فَالْجَوَابُ إنَّ الْحَبْسَ مُفِيدٌ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ وَيُطَالَبُ بِالْأُجْرَةِ فَإِنْ عَجَّلَ وَإِلَّا فُسِخَ الْعَقْدُ فَكَانَ في الْحَبْسِ فَائِدَةٌ على أَنَّ هذا لَا يَلْزَمُ في الْإِجَارَةِ على الْمَسَافَةِ بِأَنْ أَجَّرَ دَابَّةً مَسَافَةً مَعْلُومَةً لِأَنَّ الْعَقْدَ هَهُنَا لَا يَبْطُلُ بِالْحَبْسِ وَكَذَا هذا وَيَبْطُلُ بِبَيْعِ ما يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ كَالسَّمَكِ الطَّرِيِّ وَنَحْوِهِ إذْ لِلْبَائِعِ حَبْسُهُ حتى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ
وَإِنْ كان يُؤَدِّي إلَى إبْطَالِ الْبَيْعِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وَإِنْ وَقَعَ الشَّرْطُ في عَقْدِ الْإِجَارَةِ على أَنْ لَا يُسَلِّمَ الْمُسْتَأْجِرُ الْأَجْرَ إلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ فَهُوَ جَائِزٌ
وَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ لَا تَجِبُ إلَّا في آخِرِ الْمُدَّةِ فإذا شُرِطَ كان هذا شَرْطًا مُقَرِّرًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَكَانَ جَائِزًا
وَأَمَّا على قَوْلِهِ الْآخَرِ فَالْأُجْرَةُ وَإِنْ كانت تَجِبُ شيئا فَشَيْئًا فَقَدْ شُرِطَ تَأْجِيلُ الْأُجْرَةِ وَالْأُجْرَةُ كَالثَّمَنِ فَتَحْتَمِلُ التَّأْجِيلَ كَالثَّمَنِ

وَأَمَّا إذَا عَجَّلَ الْأُجْرَةَ من غَيْرِ شَرْطٍ فَلِأَنَّهُ لَمَّا عَجَّلَ الْأُجْرَةَ فَقَدْ غَيَّرَ مُقْتَضَى مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَلَهُ هذه الْوِلَايَةُ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ ثَبَتَ حَقًّا له فَيَمْلِكُ إبْطَالَهُ بِالتَّعْجِيلِ كما لو كان عليه دَيْنٌ مؤجر (((مؤجل))) فَعَجَّلَهُ وَلِأَنَّ الْعَقْدَ سَبَبُ اسْتِحْقَاقِ الْأُجْرَةِ فَالِاسْتِحْقَاقُ وَإِنْ لم يَثْبُتْ فَقَدْ انْعَقَدَ سَبَبُهُ وَتَعْجِيلُ الْحُكْمِ قبل الْوُجُوبِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ جَائِزٌ كَتَعْجِيلِ الْكَفَّارَةِ بَعْدَ الْجُرْحِ قبل الْمَوْتِ

وَأَمَّا إذَا استوفى الْمَعْقُودُ عليه فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُعَوَّضَ فَيَمْلِكُ الْمُؤَاجِرُ الْعِوَضَ في مُقَابَلَتِهِ تَحْقِيقًا لِلْمُعَاوَضَةِ الْمُطْلَقَةِ وَتَسْوِيَةً بين الْعَاقِدَيْنِ في حُكْمِ الْعَقْدِ الْمُطْلَقِ وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تُبْنَى الْإِجَارَةُ الْمُضَافَةُ إلَى زَمَانٍ في الْمُسْتَقْبَلِ بِأَنْ قال أَجَّرْتُك هذه الدَّارَ غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا أو قال أَجَرْتُكَ هذه الدَّارَ سَنَةً أَوَّلُهَا غُرَّةُ شَهْرِ رَمَضَانَ أنها جَائِزَةٌ في قَوْلِ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَجُوزُ وَجْهُ الْبِنَاءِ أَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ وَطَرِيقُ جَوَازِهَا عِنْدَهُ أَنْ يَجْعَلَ مَنَافِعَ الْمُدَّةِ مَوْجُودَةً تَقْدِيرًا عَقِيبَ الْعَقْدِ تَصْحِيحًا له إذْ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مَحَلُّ حُكْمِ الْعَقْدِ مَوْجُودًا لِيُمْكِنَ إثْبَاتُ حُكْمِهِ فيه فَجُعِلَتْ الْمَنَافِعُ مَوْجُودَةً حُكْمًا كَأَنَّهَا أَعْيَانٌ قَائِمَةٌ بِنَفْسِهَا وَإِضَافَةُ الْبَيْعِ إلَى عَيْنٍ سَتُوجَدُ لَا تَصِحُّ كما في بَيْعِ الْأَعْيَانِ حَقِيقَةً

وَأَمَّا عِنْدَنَا فَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِ الْمَعْقُودِ عليه شيئا فَشَيْئًا وهو الْمَنْفَعَةُ فَكَانَ الْعَقْدُ مُضَافًا إلَى حِينِ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَالتَّنْصِيصُ على الْإِضَافَةِ يَكُونُ مُقَرِّرًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ إلَّا أَنَّا جَوَّزْنَا الْإِضَافَةَ في الْإِجَارَةِ دُونَ الْبَيْعِ لِلضَّرُورَةِ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ حَالَ وُجُودِهَا لَا يُمْكِنُ إنْشَاءُ الْعَقْدِ عليها فَدَعَتْ الضَّرُورَةُ إلَى الْإِضَافَةِ وَلَا ضَرُورَةَ في بَيْعِ الْعَيْنِ لِإِمْكَانِ إيقَاعِ الْعَقْدِ عليها بَعْدَ وُجُودِهَا لِكَوْنِهَا مُحْتَمِلَةً لِلْبَقَاءِ فَلَا ضَرُورَةَ إلَا (((إلى))) الْإِضَافَةِ وَطَرِيقُنَا أَوْلَى لِأَنَّ جَعْلَ الْمَعْدُومِ مَوْجُودًا تَقْدِيرٌ لِلْمُحَالِ وَتَقْدِيرُ الْمُحَالِ مُحَالٌ وَلَا إحَالَةَ في الْإِضَافَةِ إلَى زَمَانٍ في الْمُسْتَقْبَلِ فإن كَثِيرًا من التَّصَرُّفَاتِ تَصِحُّ مُضَافَةً إلَى الْمُسْتَقْبَلِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَنَحْوِهِمَا فَكَانَ الصَّحِيحُ ما قُلْنَا

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ التي هِيَ من التَّوَابِعِ فَكَثِيرَةٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْآجِرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ مِمَّا عَلَيْهِمَا وَلَهُمَا وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى صِفَةِ الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَأْجَرِ فيه

أَمَّا الْأَوَّلُ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَا يَخْلُو أما إن شُرِطَ فيه تَعْجِيلُ الْبَدَلِ أو تَأْجِيلُهُ وَأَمَّا إنْ كان مُطْلَقًا عن شَرْطِ التَّعْجِيلِ وَالتَّأْجِيلِ فَإِنْ شُرِطَ فيه تَعْجِيلُ الْبَدَلِ فَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ تَعْجِيلُهَا وَالِابتداء بِتَسْلِيمِهَا سَوَاءٌ كان ما وَقَعَ عليه الْإِجَارَةُ شيئا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ كَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ وَعَبْدِ الْخِدْمَةِ أو كان صَانِعًا أو عَامِلًا يُنْتَفَعُ بِصَنْعَتِهِ أو عَمَلِهِ كَالْخَيَّاطِ وَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ وَالْإِسْكَافِ لِأَنَّهُمَا لَمَّا شَرَطَا تَعْجِيلَ الْبَدَلِ لَزِمَ اعْتِبَارُ شَرْطِهِمَا لِقَوْلِهِ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَمَلَكَ

الْآجِرُ الْبَدَلَ حتى تَجُوزَ له هِبَتُهُ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ وَالْإِبْرَاءُ عنه وَالشِّرَاءُ وَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ وَكُلُّ تَصَرُّفٍ يَمْلِكُ الْبَائِعُ في الثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ وَلِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ عن تَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ في الْأَشْيَاءِ الْمُنْتَفَعِ بِأَعْيَانِهَا حتى يَسْتَوْفِيَ الْأُجْرَةَ وَكَذَا

لِلْأَجِيرِ الْوَاحِدِ أنت يَمْتَنِعَ عن تَسْلِيمِ النَّفْسِ وَلِلْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ أَنْ يَمْتَنِعَ عن إيفَاءِ الْعَمَلِ قبل اسْتِيفَاءِ الْأُجْرَةِ في الْإِجَارَةِ كَالثَّمَنِ في الْبِيَاعَاتِ وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ إذَا لم يَكُنْ مُؤَجَّلًا كَذَا هَهُنَا
وَإِنْ شُرِطَ فيه تَأْجِيلُ الْأُجْرَةِ يُبْتَدَأُ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ وَإِيفَاءِ الْعَمَلِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْبَدَلِ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الشُّرُوطِ اعْتِبَارُهَا لِلْحَدِيثِ الذي رَوَيْنَا وَإِنْ كان الْعَقْدُ مُطْلَقًا عن شَرْطِ التَّعْجِيلِ وَالتَّأْجِيلِ يُبْتَدَأُ بِتَسْلِيمِ ما وَقَعَ عليه الْعَقْدُ في نَوْعَيْ الْإِجَارَةِ فَيَجِبُ على الْمُؤَاجِرِ تَسْلِيمُ الْمُسْتَأْجَرِ وَعَلَى الْأَجِيرِ تَسْلِيمُ النَّفْسِ أو إيفَاءُ الْعَمَلِ أَوَّلًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ لَا تَجِبُ عِنْدَنَا بِالْعَقْدِ الْمُطْلَقِ وَعِنْدَهُ تَجِبُ وَالْمَسْأَلَةُ قد مَرَّتْ غير أَنَّ في النَّوْعِ الْأَوَّلِ وهو الْإِجَارَةُ علي الْأَشْيَاءِ الْمُنْتَفَعِ بِأَعْيَانِهَا إذَا سَلِمَ الْمُسْتَأْجَرُ لَا يَجِبُ على الْمُسْتَأْجِرِ تَسْلِيمُ الْبَدَلِ كُلِّهِ لِلْحَالِّ بَلْ على حَسَبِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ شيئا فَشَيْئًا حَقِيقَةً أو تَقْدِيرًا بِالتَّمَكُّنِ من الِاسْتِيفَاءِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْآخَرِ وَلِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِالْأُجْرَةِ بِمِقْدَارِ ذلك يَوْمًا فَيَوْمًا في الْإِجَارَةِ على الْعَقَارِ وَنَحْوِهِ وَمَرْحَلَةً مَرْحَلَةً في الْإِجَارَةِ على الْمَسَافَةِ وَلَكِنْ يُخَيَّرُ الْمُكَارِي على الْحَمْلِ إلَى الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ إذْ لو لم يخبر (((يخير))) لَتَضَرَّرَ الْمُسْتَأْجِرُ
وفي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُ شَيْءٍ من الْبَدَلِ إلَّا عِنْدَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ أو قَطْعِ الْمَسَافَةِ كُلِّهَا في الْإِجَارَةِ على قَطْعِ الْمَسَافَةِ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْقَوْلَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَأَمَّا في النَّوْعِ الْآخَرِ وهو اسْتِئْجَارُ الصُّنَّاعِ والعمل (((والعمال))) فَلَا يَجِبُ تَسْلِيمُ شَيْءٍ من الْبَدَلِ إلَّا عِنْدَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ أو قَطْعِ الْمَسَافَةِ بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْعَمَلِ بِلَا خِلَافٍ حتى قالوا في الْحَمَّالِ ما لم يَحُطَّ الْمَتَاعَ من رَأْسِهِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ لِأَنَّ الْحَطَّ من تَمَامِ الْعَمَلِ وَهَكَذَا قال أبو يُوسُفَ في الْحَمَّالِ يَطْلُبُ الْأُجْرَةَ بعدما بَلَغَ الْمَنْزِلَ قبل أَنْ يَضَعَهُ أنه ليس له ذلك لِأَنَّ الْوَضْعَ من تَمَامِ الْعَمَلِ
وَالْفَرْقُ أَنَّ كُلَّ جُزْءٍ من الْعَمَلِ في هذا النَّوْعِ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بعضه (((ببعضه))) دُونَ بَعْضٍ فَكَانَ الْكُلُّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ فما لم يُوجَدْ لَا يُقَابِلُهُ الْبَدَلُ بِلَا خِلَافٍ بِخِلَافِ النَّوْعِ الْأَوَّلِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْآخَرِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ من السُّكْنَى وَقَطْعِ الْمَسَافَةِ مَقْصُودٌ فَيُقَابَلُ بِالْأُجْرَةِ ثُمَّ في النَّوْعِ الْآخَرِ إذَا أَرَادَ الْأَجِيرُ حَبْسَ الْعَيْنِ بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْعَمَلِ لِاسْتِيفَاءِ الْأُجْرَةِ هل له ذلك يُنْظَرُ إنْ كان لِعَمَلِهِ أَثَرٌ ظَاهِرٌ في الْعَيْنِ كَالْخَيَّاطِ وَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ وَالْإِسْكَافِ له ذلك لِأَنَّ ذلك الْأَثَرَ هو الْمَعْقُودُ عليه وهو صَيْرُورَةُ الثَّوْبِ مَخِيطًا مَقْصُورًا وَإِنَّمَا الْعَمَلُ يُحَصِّلُ ذلك الْأَثَرَ عَادَةً وَالْبَدَلُ يُقَابِلُ ذلك الْأَثَرَ فَكَانَ كَالْمَبِيعِ فَكَانَ له أَنْ يَحْبِسَهُ لِاسْتِيفَاءِ الْأُجْرَةِ كالبيع (((كالمبيع))) قبل الْقَبْضِ أَنَّهُ يُحْبَسُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ إذَا لم يَكُنْ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا
وَلَوْ هَلَكَ قبل التَّسْلِيمِ تَسْقُطُ الْأُجْرَةُ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ هَلَكَ قبل الْقَبْضِ وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يَجِبُ وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ لِأَنَّهُ يَجِبُ قبل الْحَبْسِ عِنْدَهُمَا فَبَعْدَ الْحَبْسِ أَوْلَى وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِي في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ لم يَكُنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ ظَاهِرٌ في الْعَيْنِ كَالْحَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ وَالْمُكَارِي ليس له أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ لِأَنَّ ما لَا أَثَرَ له في الْعَيْنِ فَالْبَدَلُ إنَّمَا يُقَابِلُ نَفْسَ الْعَمَلِ إلَّا أَنَّ الْعَمَلَ كُلَّهُ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ إذْ لَا يُنْتَفَعُ بِبَعْضِهِ دُونَ بَعْضٍ فَكَمَا فَرَغَ حَصَلَ في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ فَلَا يَمْلِكُ حَبْسَهُ عنه بَعْدَ طَلَبِهِ كَالْيَدِ الْمُودَعَةِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ حَبْسُ الْوَدِيعَةِ بِالدَّيْنِ وَلَوْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ قبل التَّسْلِيمِ لَا تَسْقُطُ الْأُجْرَةُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ كما وَقَعَ في الْعَمَلِ حَصَلَ مُسَلَّمًا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ لِحُصُولِهِ في يَدِهِ

فَتَقَرَّرَتْ عليه الْأُجْرَةُ فَلَا تَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِالْهَلَاكِ وَيَضْمَنُ لِأَنَّهُ حَبَسَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَارَ غَاصِبًا بِالْحَبْسِ وَنَصَّ مُحَمَّدٌ على الْغَصْبِ فقال فَإِنْ حَبَسَ الْحَمَّالُ الْمَتَاعَ في يَدِهِ فَهُوَ غَاصِبٌ

وَوَجْهُهُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَيْنَ كانت أَمَانَةً في يَدِهِ فإذا حَبَسَهَا بِدَيْنِهِ فَقَدْ صَارَ غَاصِبًا كما لو حَبَسَ الْمُودَعُ الْوَدِيعَةَ بِالدَّيْنِ هذا الذي ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَمَلَ لَا يَصِيرُ مُسَلَّمًا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ إلَّا بَعْدَ الْفَرَاغِ منه حتى لَا يَمْلِكَ الْأَجِيرُ الْمُطَالَبَةَ بِالْأُجْرَةِ قبل الْفَرَاغِ إذَا كان الْمَعْمُولُ فيه في يَدِ الْأَجِيرِ فَإِنْ كان في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ فَقَدْرُ ما أَوْقَعَهُ من الْعَمَلِ فيه يَصِيرُ مُسَلَّمًا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ قبل الْفَرَاغِ منه حتى يَمْلِكَ الْمُطَالَبَةَ بِقَدْرِهِ من الْمُدَّةِ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَبْنِيَ له بِنَاءً في مِلْكِهِ أو فِيمَا في يَدِهِ بِأَنْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَبْنِيَ له بِنَاءً في دَارِهِ أو يَعْمَلَ له سَابَاطًا أو جَنَاحًا أو يَحْفِرَ له بِئْرًا أو قَنَاةً

أو نَهْرًا أو ما أَشْبَهَ ذلك في مِلْكِهِ أو فِيمَا في يَدِهِ فَعَمِلَ بَعْضَهُ فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِقَدْرِهِ من الْأُجْرَةِ لَكِنَّهُ يُجْبَرُ على الْبَاقِي حتى لو انْهَدَمَ الْبِنَاءُ أو إنهارت الْبِئْرُ أو وَقَعَ فيها الْمَاءُ وَالتُّرَابُ وَسَوَّاهَا مع الْأَرْضِ أو سَقَطَ السَّابَاطُ فَلَهُ أَجْرُ ما عَمِلَهُ بِحِصَّتِهِ لِأَنَّهُ إذَا كان في مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ أو في يَدِهِ فكلما (((فكما))) عَمِلَ شيئا حَصَلَ في يَدِهِ قبل هَلَاكِهِ وَصَارَ مُسَلَّمًا إلَيْهِ فَلَا يَسْقُطُ بَدَلُهُ بِالْهَلَاكِ

وَلَوْ كان غَيْرُ ذلك في غَيْرِ مِلْكِهِ وَيَدِهِ ليس له أَنْ يَطْلُبَ شيئا من الْأُجْرَةِ قبل الْفَرَاغِ من عَمَلِهِ وَتَسْلِيمِهِ إلَيْهِ حتى لو هَلَكَ قبل التَّسْلِيمِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ من الْأُجْرَةِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ في مِلْكِهِ وَلَا في يَدِهِ تَوَقَّفَ وُجُوبُ الْأُجْرَةِ فيه على الْفَرَاغِ وَالتَّمَامِ

وقال الْحَسَنُ بن زِيَادٍ إذَا أَرَاهُ مَوْضِعًا من الصَّحْرَاءِ يَحْفِرُ فيه بِئْرًا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ ما هو في مِلْكِهِ وَيَدِهِ وقال في آخِرِ الْكَلَامِ وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال مُحَمَّدٌ لَا يَكُونُ قَابِضًا إلَّا بِالتَّخْلِيَةِ وَإِنْ أَرَاهُ الْمَوْضِعَ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ ذلك الْمَوْضِعَ بِالتَّعْيِينِ لم يَصِرْ في يَدِهِ فَلَا يَصِيرُ عَمَلُ الْأَجِيرِ فيه مُسَلَّمًا له وَإِنْ كان ذلك في غَيْرِ مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ وَيَدِهِ فَعَمِلَ الْأَجِيرُ بَعْضَهُ وَالْمُسْتَأْجِرُ قَرِيبٌ من الْعَامِلِ فَخَلَّى الْأَجِيرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ فقال الْمُسْتَأْجِرُ لَا أَقْبِضُهُ مِنْكَ حتى يَفْرُغَ فَلَهُ ذلك لِأَنَّ قَدْرَ ما عَمِلَ لم يَصِرْ مُسَلَّمًا إذَا لم يَكُنْ في مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ وَلَا في يَدِهِ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِبَعْضِ عَمَلِهِ دُونَ بَعْضٍ فَكَانَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ من التَّسْلِيمِ حتى يُتِمَّهُ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَبَّانًا لِيَضْرِبَ له لَبِنًا في مِلْكِهِ أو فِيمَا في يَدِهِ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حتى يَجِفَّ اللَّبِنُ وَيَنْصِبَهُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ حتى يَجِفَّ أو يَنْصِبَهُ وَيَشْرُجَهُ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا ضَرَبَهُ ولم يُقِمْهُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ لِأَنَّهُ ما لم يَقْلِبْهُ عن مَكَانِهِ فَهُوَ أَرْضٌ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ اللَّبِنِ وَالْخِلَافُ بَيْنَهُمْ يَرْجِعُ إلَى أَنَّهُ هل يَصِيرُ قَابِضًا له بِالْإِقَامَةِ أو لَا يَصِيرُ إلَّا بِالتَّشْرِيجِ فَعَلَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ يَصِيرُ قَابِضًا له بِنَفْسِ الْإِقَامَةِ لِأَنَّ نَفْسَ الْإِقَامَةِ من تَمَامِ هذا الْعَمَلِ فَيَصِيرُ اللَّبِنُ مُسَلَّمًا إلَيْهِ بهما (((بها)))

وَعَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَصِيرُ قَابِضًا ما لم يَشْرُجْ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَمَلِ بِهِ حتى لو هَلَكَ قبل النَّصْبِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَقَبْلَ التَّشْرِيجِ في قَوْلِهِمَا فَلَا أَجْرَ له لِأَنَّهُ هَلَكَ قبل تَمَامِ الْعَمَلِ على اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ وَلَوْ هَلَكَ بَعْدَهُ فَلَهُ الْأَجْرُ لِأَنَّ الْعَمَلَ قد تَمَّ فَصَارَ مُسَلَّمًا إلَيْهِ لِكَوْنِهِ في مِلْكِهِ أو في يَدِهِ فَهَلَاكُهُ بَعْدَ ذلك لَا يُسْقِطُ الْبَدَلَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأَمْنَ عن الْفَسَادِ يَقَعُ بالتشريج (((بالتشريح))) وَلِهَذَا جَرَتْ الْعَادَةُ بين الناس أَنَّ اللَّبَّانَ هو الذي يَشْرُجُ لِيُؤَمِّنَ عليه الْفَسَادَ فَكَانَ ذلك من تَمَامِ الْعَمَلِ كَإِخْرَاجِ الْخُبْزِ من التَّنُّورِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ له ضَرْبُ اللَّبِنِ وَلَمَّا جَفَّ وَنَصَبَهُ فَقَدْ وُجِدَ ما يَنْطَلِقُ عليه اسْمُ اللَّبِنِ وهو في يَدِهِ أو في مِلْكِهِ فَصَارَ قَابِضًا له فَأَمَّا التَّشْرِيجُ فَعَمَلٌ زَائِدٌ لم يُلْزَمْهُ الْعَامِلُ بِمَنْزِلَةِ النَّقْلِ من مَكَانٍ إلَى مَكَان فَلَا يَلْزَمُهُ ذلك وَإِنْ كان ذلك في غَيْرِ مِلْكِهِ وَيَدِهِ لم يَسْتَحِقَّ الْأُجْرَةَ حتى يُسَلِّمَهُ وهو أَنْ يُخَلِّيَ الْأَجِيرُ بين اللَّبِنِ وَبَيْنَ الْمُسْتَأْجِرِ لَكِنَّ ذلك بَعْدَ ما نَصَبَهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا بعدما شَرَجَهُ

وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ له قَفِيزًا من دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ فَخَبَزَ فَاحْتَرَقَ الْخُبْزُ في التَّنُّورِ قبل أَنْ يُخْرِجَهُ أو أَلْزَقَهُ في التَّنُّورِ ثُمَّ أَخَذَهُ لِيُخْرِجَهُ فَوَقَعَ من يَدِهِ في التَّنُّورِ فَاحْتَرَقَ فَلَا أُجْرَةَ له لِأَنَّهُ هَلَكَ قبل تَمَامِ الْعَمَلِ لأن عَمَلَ الْخُبْزِ لَا يَتِمُّ إلَّا بِالْإِخْرَاجِ من التَّنُّورِ فلم يَكُنْ قبل الْإِخْرَاجِ خُبْزٌ فَصَارَ كَهَلَاكِ اللَّبِنِ قبل أَنْ يُتِمَّهُ قال وَلَوْ أَخْرَجَهُ من التَّنُّورِ وَوَضَعَهُ وهو يَخْبِزُ في مَنْزِلِ الْمُسْتَأْجِرِ فَاحْتَرَقَ من غَيْرِ جِنَايَتِهِ فَلَهُ الْأَجْرُ وَلَا ضَمَانَ عليه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَمَّا اسْتِحْقَاقُ الْأَجْرِ فَلِأَنَّهُ فَرَغَ من الْعَمَلِ بِإِخْرَاجِ الْخُبْزِ من التَّنُّورِ وَحَصَلَ مُسَلَّمًا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ لِكَوْنِهِ في مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ

وَأَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَلِأَنَّ الْهَلَاكَ من غَيْرِ صُنْعِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ عِنْدَهُ

وَأَمَّا على قَوْلِ من يُضَمِّنُ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ فإنه ضَامِنٌ له دَقِيقًا مِثْلَ الدَّقِيقِ الذي دَفَعَهُ إلَيْهِ وَلَا أَجْرَ له وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الْخُبْزِ مَخْبُوزًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ لِأَنَّ قَبْضَ الْأَجِيرِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ عِنْدَهُمَا فَلَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ بِوَضْعِهِ في مَنْزِلِ مَالِكِهِ وَإِنَّمَا يَبْرَأُ بِالتَّسْلِيمِ كَالْغَاصِبِ إذَا وَجَبَ الضَّمَانُ عليه عِنْدَهُمَا فَصَاحِبُ الدَّقِيقِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ دَقِيقًا وَأَسْقَطَ الْأَجْرَ لِأَنَّهُ لم يُسَلِّمْ إلَيْهِ الْعَمَلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ خُبْزًا فَصَارَ الْعَمَلُ مُسَلَّمًا إلَيْهِ فَوَجَبَ الْأَجْرُ عليه قال وَلَا أُضَمِّنُهُ الْقَصَبَ وَلَا الْمِلْحَ لِأَنَّ ذلك صَارَ مُسْتَهْلَكًا قبل وُجُوبِ الضَّمَانِ عليه وَحِينَ وَجَبَ الضَّمَانُ عليه لَا قِيمَةَ له لِأَنَّ الْقَصَبَ صَارَ مادا (((رمادا))) وَالْمِلْحَ صَارَ مَاءً

وَكَذَلِكَ الْخَيَّاطُ الذي يَخِيطُ له في مَنْزِلِهِ قَمِيصًا فَإِنْ خَاطَ له بَعْضَهُ لم يَكُنْ له أُجْرَتُهُ لِأَنَّ هذا الْعَمَلَ لَا يُنْتَفَعُ بِبَعْضِهِ دُونَ بَعْضِهِ فَلَا تَلْزَمُ الْأُجْرَةُ

إلَّا بِتَمَامِهِ فإذا فَرَغَ منه ثُمَّ هَلَكَ فَلَهُ الْأُجْرَةُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْعَمَلَ حَصَلَ مُسَلَّمًا إلَيْهِ لِحُصُولِهِ في مِلْكِهِ

وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَالْعَيْنُ مَضْمُونَةٌ فَلَا يَبْرَأُ عن ضَمَانِهَا إلَّا بِتَسْلِيمِهَا إلَى مَالِكِهَا فَإِنْ هَلَكَ الثَّوْبُ فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ صَحِيحًا وَلَا أَجْرَ له وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ مَخِيطًا وَلَهُ الْأَجْرُ لِمَا بَيَّنَّا

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا لِيَحْمِلَ له دَنًّا من السُّوقِ إلَى مَنْزِلِهِ فَحَمَلَهُ حتى إذَا بَلَغَ بَابَ دار (((درب))) الذي اسْتَأْجَرَهُ كَسَرَهُ إنْسَانٌ فَلَا ضَمَانَ على الْحَامِلِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَلَهُ الْأَجْرُ وهو على ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَمَلَ إذَا لم يَكُنْ له أَثَرٌ ظَاهِرٌ في الْعَيْنِ كما وَقَعَ يَحْصُلُ مُسَلَّمًا إلَى الْمُسْتَأْجِرِ

وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ دَفَعَ ثَوْبًا إلَى خَيَّاطٍ يَخِيطُهُ بِدِرْهَمٍ فَمَضَى فَخَاطَهُ ثُمَّ جاء رَجُلٌ فتقه (((ففتقه))) قبل أَنْ يَقْبِضَهُ رَبُّ الثَّوْبِ فَلَا أَجْرَ لِلْخَيَّاطِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ هَلَكَتْ قبل التَّسْلِيمِ فَسَقَطَ بَدَلُهَا قال وَلَا أُجْبِرُ الْخَيَّاطَ على أَنْ يُعِيدَ الْعَمَلَ لِأَنَّهُ لَمَّا فَرَغَ من الْعَمَلِ فَقَدْ انْتَهَى الْعَقْدُ فَلَا يَلْزَمُهُ الْعَمَلُ ثَانِيًا وَإِنْ كان الْخَيَّاطُ هو الذي فَتَقَ الثَّوْبَ عليه أَنْ يُعِيدَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَقَهُ فَقَدْ فَسَخَ الْمَنَافِعَ التي عَمِلَهَا فَكَأَنَّهُ لم يَعْمَلْ رَأْسًا وإذا فَتَقَهُ الْأَجْنَبِيُّ فَقَدْ أَتْلَفَ الْمَنَافِعَ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ

وَقَالُوا في الْمَلَّاحِ إذَا حَمَلَ الطَّعَامَ إلَى مَوْضِعٍ فَرَدَّ السَّفِينَةَ إنْسَانٌ فَلَا أَجْرَ لِلْمَلَّاحِ وَلَيْسَ عليه أَنْ يُعِيدَ السَّفِينَةَ فَإِنْ كان الْمَلَّاحُ هو الذي رَدَّهَا لَزِمَهُ إعَادَةُ الْحَمْلِ إلَى الْمَوْضِعِ الذي شُرِطَ عليه لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كان الْمَوْضِعُ الذي رَجَعَتْ إلَيْهِ السَّفِينَةُ لَا يَقْدِرُ رَبُّ الطَّعَامِ على قَبْضِهِ فَعَلَى الْمَلَّاحِ أَنْ يُسَلِّمَهُ في مَوْضِعٍ يَقْدِرُ رَبُّ الطَّعَامِ على قَبْضِهِ وَيَكُونُ له أَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا سَارَ في هذا الْمَسِيرِ لِأَنَّا لو جَوَّزْنَا لِلْمَلَّاحِ تَسْلِيمَهُ في مَكَانٍ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ لَتَلِفَ الْمَالُ على صَاحِبِهِ وَلَوْ كَلَّفْنَاهُ حَمْلَهُ بِالْأَجْرِ إلَى أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ التي يُمْكِنُ الْقَبْضُ فيه فَقَدْ رَاعَيْنَا الْحَقَّيْنِ

وقالوا (((قالوا))) وَلَوْ اكتراه (((اكترى))) بَغْلًا إلَى مَوْضِعٍ يَرْكَبُهُ فلما سَارَ إلَى بَعْضِ الطَّرِيقِ جَمَحَ بِهِ فَرَدَّهُ إلَى مَوْضِعِهِ الذي خَرَجَ منه فَعَلَيْهِ الكري (((الكراء))) بِقَدْرِ ما سَارَ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى ذلك الْقَدْرَ من الْمَنَافِعِ فَلَا يَسْقُطُ عنه الضَّمَانُ

وقال في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عن أبي حَنِيفَةَ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَذْهَبُ إلَى الْبَصْرَةِ فَيَجِيءُ بِعِيَالِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا قد مَاتَ فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ قال له من الْأَجْرِ بِحِسَابِهِ

وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَذْهَبُ بِكِتَابِهِ إلَى الْبَصْرَةِ إلَى فُلَانٍ وَيَجِيءُ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا قد مَاتَ فَرَدَّ الْكِتَابَ فَلَا أَجْرَ له وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ

وقال مُحَمَّدٌ له الْأَجْرُ في الذَّهَابِ أَمَّا في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ حَمْلُ الْعِيَالِ فإذا حَمَلَ بَعْضَهُمْ دُونَ بَعْضٍ كان له من الْأَجْرِ بِحِسَابِ ما حَمَلَ

وَأَمَّا في الثَّانِيَةِ فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْأَجْرَ مُقَابَلٌ بِقَطْعِ الْمَسَافَةِ لَا بِحَمْلِ الْكِتَابِ لِأَنَّهُ لَا حَمْلَ له وَلَا مُؤْنَةَ وَقَطْعُ الْمَسَافَةِ في الذَّهَابِ وَقَعَ على الْوَجْهِ الْمَأْمُورِ بِهِ فَيَسْتَحِقُّ حِصَّتَهُ من الْأَجْرِ وفي الْعَوْدِ لم يَقَعْ على الْوَجْهِ الْمَأْمُورِ بِهِ فَلَا يَجِبُ بِهِ شَيْءٌ

وَلَهُمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ من حَمْلِ الْكِتَابِ إيصَالُهُ إلَى فُلَانٍ ولم يُوجَدْ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ على أَنَّ الْمَقْصُودَ وَإِنْ كان نَقْلَ الْكِتَابِ لَكِنَّهُ إذَا رَدَّهُ فَقَدْ نَقَصَ تِلْكَ الْمَنَافِعَ فَبَطَلَ الْأَجْرُ كما لو اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ طَعَامًا إلَى الْبَصْرَةِ إلَى فُلَانٍ فَحَمَلَهُ فَوَجَدَهُ قد مَاتَ فَرَدَّهُ أَنَّهُ لَا أَجْرَ له لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَلِلْمُسْتَأْجِرِ في إجَارَةِ الدَّارِ وَغَيْرِهَا من الْعَقَارِ أَنْ يَنْتَفِعَ بها كَيْفَ شَاءَ بِالسُّكْنَى وَوَضْعِ الْمَتَاعِ وَأَنْ يَسْكُنَ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ وَأَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ بِالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ إلَّا أَنَّهُ ليس له

أَنْ يَجْعَلَ فيها حَدَّادًا وَلَا قَصَّارًا وَنَحْوَ ذلك مِمَّا يُوهِنُ الْبِنَاءَ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَوْ أَجَّرَهَا الْمُسْتَأْجِرُ بِأَكْثَرَ من الْأُجْرَةِ الْأُولَى فَإِنْ كانت الثَّانِيَةُ من خِلَافِ
جِنْسِ الْأُولَى طَابَتْ له الزِّيَادَةُ وَإِنْ كانت من جِنْسِ الْأُولَى لَا تَطِيبُ له حتى
يَزِيدَ في الدَّارِ زِيَادَةً من بِنَاءٍ أو حَفْرٍ أو تَطْيِينٍ أو تَجْصِيصٍ فَإِنْ لم يَزِدْ فيه
شيئا فَلَا خَيْرَ في الْفَضْلِ وَيَتَصَدَّقُ بِهِ لَكِنْ تَجُوزُ الْإِجَارَةُ
أَمَّا جَوَازُ الْإِجَارَةِ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّ الزِّيَادَةَ في عَقْدٍ لَا يعتبر (((تعتبر)))
فيه الْمُسَاوَاةُ بين الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ وَهَهُنَا كَذَلِكَ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ

وَأَمَّا التصديق (((التصدق))) بِالْفَضْلِ إذَا كانت الْأُجْرَةُ الثَّانِيَةُ من جِنْسِ
الْأُولَى فَلِأَنَّ الْفَضْلَ رِبْحُ ما لم يُضْمَنْ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَدْخُلُ في ضَمَانِ
الْمُسْتَأْجِرِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو هَلَكَ الْمُسْتَأْجَرُ فَصَارَ بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ كان
الْهَلَاكُ على الْمُؤَاجِرِ وَكَذَا لو غَصَبَهُ غَاصِبٌ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ رِبْحَ ما لم يُضْمَنْ
وَنَهَى رسول اللَّهِ عن ذلك فَإِنْ كان هُنَاكَ زِيَادَةٌ كان الرِّبْحُ في مُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ
فَيَخْرُجُ من أَنْ يَكُونَ رِبْحًا وَلَوْ كَنَسَ الْبَيْتَ فَلَا يُعْتَبَرُ ذلك لِأَنَّهُ ليس بِزِيَادَةٍ فَلَا
تَطِيبُ بِهِ زِيَادَةُ الْأَجْرِ
وَكَذَا في إجَارَةِ الدَّابَّةِ إذَا زَادَ في الدَّابَّةِ جُوَالِقَ أو لِجَامًا أو ما أَشْبَهَ ذلك
يَطِيبُ له الْفَضْلُ لِمَا بَيَّنَّا فَإِنْ عَلَفَهَا لَا يَطِيبُ له لِأَنَّ الْأُجْرَةَ لَا يَصِيرُ

شَيْءٌ منها مُقَابَلًا بِالْعَلَفِ فَلَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا ليس له أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ وَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ وَكَذَا إذَا
اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ ليس له أَنْ يُلْبِسَهُ غَيْرَهُ وَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ لِأَنَّ الناس
مُتَفَاوِتُونَ في الرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ فَإِنْ أَعْطَاهُ غَيْرَهُ فَلَبِسَهُ ذلك الْيَوْمَ ضَمِنَهُ إنْ
أَصَابَهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ في إلْبَاسِهِ غَيْرَهُ وَإِنْ لم يُصِبْهُ شَيْءٌ فَلَا أَجْرَ له لِأَنَّ
الْمَعْقُودَ عليه ما يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا بِلُبْسِهِ فما يَكُونُ مُسْتَوْفًى بِلُبْسِ غَيْرِهِ لَا
يَكُونُ مَعْقُودًا عليه وَاسْتِيفَاءُ غَيْرِ الْمَعْقُودِ عليه لَا يُوجِبُ الْبَدَلَ
أَلَا يُرَى أَنَّهُ لو اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا بِعَيْنِهِ ثُمَّ غَصَبَ منه ثَوْبًا آخَرَ فَلَبِسَهُ لم يَلْزَمْهُ الْأَجْرُ
فَكَذَلِكَ إذَا أَلْبَسَ ذلك الثَّوْبَ غَيْرَهُ لِأَنَّ تَعْيِينَ اللَّابِسِ كَتَعْيِينِ الْمَلْبُوسِ فَإِنْ
قِيلَ هو قد تَمَكَّنَ من اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه وَذَلِكَ لَا يَكْفِي لِوُجُوبِ الْأَجْرِ عليه
كما لو وَضَعَهُ في بَيْتِهِ ولم يَلْبَسْهُ قُلْنَا تَمَكُّنُهُ من الِاسْتِيفَاءِ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ فإذا
وَضَعَهُ في بَيْتِهِ فَيَدُهُ عليه مُعْتَبَرَةٌ وَلِهَذَا لو هَلَكَ لم يَضْمَنْ فَأَمَّا إذَا أَلْبَسَهُ
غَيْرَهُ فَيَدُهُ عليه مُعْتَبَرَةٌ حُكْمًا
أَلَا تَرَى أَنَّهُ ضَامِنٌ وَإِنْ هَلَكَ من غَيْرِ اللُّبْسِ فإن يَدَ اللَّابِسِ عليه مُعْتَبَرَةٌ حتى
يَكُونَ لِصَاحِبِهِ أَنْ يُضَمِّنَ غير اللَّابِسِ وَلَا يَكُونُ إلَّا بِطَرِيقِ تَفْوِيتِ يَدِهِ حُكْمًا
فَلِهَذَا لَا تلزمه (((يلزمه))) الْأُجْرَةَ وَإِنْ سَلِمَ وَإِنْ كان اسْتَأْجَرَهُ لِيُلْبَسَ
يَوْمًا إلَى اللَّيْلِ ولم يُسَمِّ من يَلْبَسُهُ فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ لِجَهَالَةِ الْمَعْقُودِ عليه فإن
اللُّبْسَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ اللَّابِسِ وَبِاخْتِلَافِ الْمَلْبُوسِ وَكَمَا أَنَّ تَرْكَ التَّعْيِينِ في
الْمَلْبُوسِ عِنْدَ الْعَقْدِ يُفْسِدُ الْعَقْدَ فَكَذَلِكَ تَرْكُ تَعْيِينِ اللَّابِسِ وَهَذِهِ جَهَالَةٌ
تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ يُطَالِبُهُ بِإِلْبَاسِ أَرْفَقِ الناس في اللُّبْسِ
وَصِيَانَةِ الْمَلْبُوسِ وهو يَأْبَى أَنْ يُلْبِسَ إلَّا أَحْسَنَ الناس في ذلك وَيَحْتَجُّ كُلٌّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُطْلَقِ التَّسْمِيَةِ وَلَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ مع فَسَادِ الْعَقْدِ وَإِنْ اخْتَصَمَا فيه قبل اللُّبْسِ فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ وَإِنْ لَبِسَهُ هو وَأَعْطَاهُ غَيْرَهُ فَلَبِسَهُ إلَى اللَّيْلِ فَهُوَ جَائِزٌ وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ عليه أَجْرُ الْمِثْلِ
وَكَذَلِكَ لو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ ولم يُبَيِّنْ من يَرْكَبُهَا أو لِلْعَمَلِ ولم يُسَمِّ من يَعْمَلُ عليها فَعَمِلَ عليها إلَى اللَّيْلِ فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى اسْتِحْسَانًا وفي الْقِيَاسِ عليه أَجْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ وَوُجُوبُ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَلَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ مع فَسَادِ الْعَقْدِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُفْسِدَ وهو الْجَهَالَةُ التي تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ قد زَالَ وَبِانْعِدَامِ الْعِلَّةِ الْمُفْسِدَةِ يَنْعَدِمُ الْفَسَادُ وَهَذَا لِأَنَّ الْجَهَالَةَ في الْمَعْقُودِ عليه وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ في حَقِّ الْمَعْقُودِ عليه كَالْمُضَافِ وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ انْعِقَادُهَا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ وَلَا جَهَالَةَ عِنْدَ ذلك وَوُجُوبُ الْأَجْرِ عِنْدَ ذلك أَيْضًا فَلِهَذَا أَوْجَبْنَا الْمُسَمَّى وَجَعَلْنَا التَّعْيِينَ في الِانْتِهَاءِ كَالتَّعْيِينِ في الِابْتِدَاءِ وَلَا ضَمَانَ عليه إنْ ضَاعَ منه لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخَالِفٍ سَوَاءٌ لَبِسَ بِنَفْسِهِ أو أَلْبَسَ غَيْرَهُ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَقَدْ عَيَّنَ هُنَاكَ لُبْسَهُ عِنْدَ الْعَقْدِ فَيَصِيرُ مُخَالِفًا بِإِلْبَاسِ غَيْرِهِ
وإذا اسْتَأْجَرَ قَمِيصًا لِيَلْبَسَهُ يَوْمًا إلَى اللَّيْلِ فَوَضَعَهُ في مَنْزِلِهِ حتى جاء اللَّيْلُ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ كَامِلًا لِأَنَّ صَاحِبَهُ مَكَّنَهُ من اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه بِتَسْلِيمِ الثَّوْبِ إلَيْهِ وما زَادَ على ذلك ليس في وُسْعِهِ وَلَيْسَ له أَنْ يَلْبَسَهُ بَعْدَ ذلك لِأَنَّ الْعَقْدَ انْتَهَى بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالْإِذْنُ في اللُّبْسِ كان بِحُكْمِ الْعَقْدِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا أو ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ لَا يَجُوزُ له أَنْ يُؤَاجِرَ غَيْرَهُ لِلرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ بَاعَ الْمُؤَاجِرُ الدَّارَ الْمُسْتَأْجَرَةَ بعدما أَجَّرَهَا من غَيْرِ عُذْرٍ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَجُوزُ
وَذَكَرَ في بَعْضِ الْمَوَاضِعِ أَنَّ الْبَيْعَ مَوْقُوفٌ وَذَكَرَ في بَعْضِهَا أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ وَالتَّوْفِيقُ مُمْكِنٌ لِأَنَّ في مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ أَيْ لَا يَنْفُذُ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ التَّوَقُّفَ وَقَوْلُهُ بَاطِلٌ أَيْ ليس له حُكْمٌ ظَاهِرٌ لِلْحَالِ وهو تَفْسِيرُ التَّوَقُّفِ
وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ جَائِزٌ في حَقِّ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي مَوْقُوفٌ في حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ حتى إذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ الْبَيْعُ وَلَيْسَ له أَنْ يَمْتَنِعَ من الْأَخْذِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ من يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ من غَيْرِ إجَازَةِ الْبَيْعِ فَإِنْ أَجَازَ جَازَ وَإِنْ أَبَى فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ وَمَتَى فَسَخَ لَا يَعُودُ جَائِزًا بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ فَسْخَ هذا الْبَيْعِ ذَكَرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ حتى لو فَسَخَ لَا يَنْفَسِخُ حتى إذَا مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ كان لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ الدَّارَ
وَرَوَى الطَّحَاوِيُّ عن أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ له أَنْ يَنْقُضَ الْبَيْعَ وإذا نَقَضَهُ لَا يَعُودُ جَائِزًا وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ ليس لِلْمُسْتَأْجِرِ نَقْضُ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةُ كَالْعَيْبِ فَإِنْ كان الْمُشْتَرِي عَالِمًا بها وَقْتَ الشِّرَاءِ وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ لَازِمَةً وَإِنْ لم يَكُنْ عَالِمًا بها وَقْتَ الشِّرَاءِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ لِأَجْلِ الْعَيْبِ وهو الْإِجَارَةُ وَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا وقال الشَّافِعِيُّ الْبَيْعُ نَافِذٌ من غَيْرِ إجَازَةِ الْمُسْتَأْجِرِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْبَيْعَ صَادَفَ

مَحِلَّهُ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ مِلْكُ الْمُؤَاجِرِ وَإِنَّمَا حَقُّ الْمُسْتَأْجِرِ في الْمَنْفَعَةِ وَمَحَلُّ الْبَيْعِ الْعَيْنُ وَلَا حَقَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ فيها
وَلَنَا أَنَّ الْبَائِعَ غَيْرُ قَادِرٍ على تَسْلِيمِهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ بِهِ وَحَقُّ الْإِنْسَانِ يَجِبُ صِيَانَتُهُ عن الْإِبْطَالِ ما أَمْكَنَ وَأَمْكَنَ هَهُنَا بِالتَّوَقُّفِ في حَقِّهِ فَقُلْنَا بِالْجَوَازِ في حَقِّ الْمُشْتَرِي وَبِالتَّوَقُّفِ في حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ صِيَانَةً لِلْحَقَّيْنِ وَمُرَاعَاةً لِلْجَانِبَيْنِ
وَعَلَى هذا إذَا أَجَّرَ دَارِهِ ثُمَّ أَقَرَّ بها لِإِنْسَانٍ إنَّ إقْرَارَهُ يَنْفُذُ في حَقِّ نَفْسِهِ وَلَا يَنْفُذُ في حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ بَلْ يَتَوَقَّفُ إلَى أَنْ تَمْضِيَ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ فإذا مَضَتْ نَفَذَ الْإِقْرَارُ في حَقِّهِ أَيْضًا فيقضي بِالدَّارِ لِلْمُقَرِّ له وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا أَجَّرَ دَارِهِ من إنْسَانٍ ثُمَّ أَجَّرَ من غَيْرِهِ إنَّ الْإِجَارَةَ الثَّانِيَةَ تَكُونُ مَوْقُوفَةً على إجَازَةِ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ فَإِنْ أَجَازَهَا جَازَتْ وَإِنْ أَبْطَلَهَا بَطَلَتْ وَهَهُنَا ليس لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُبْطِلَ الْبَيْعَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ يَقَعُ على الْمَنْفَعَةِ إذْ هو تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنَافِعُ مِلْكُ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِ وَتَبْطُلُ بِإِبْطَالِهِ فَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَإِنَّمَا يَقَعُ على الْعَيْنِ وَالْعَيْنُ مِلْكُ الْمُؤَاجِرِ لَكِنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ فيها حَقٌّ فإذا زَالَ حَقُّهُ بِتَقْدِيمِ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ إذَا أَجَازَ الْإِجَارَةَ الثَّانِيَةَ حتى نَفَذَتْ كانت الْأُجْرَةُ له لَا لِصَاحِبِ الدَّارِ وفي الْبَيْعِ يَكُونُ الثَّمَنُ لِصَاحِبِ الْمِلْكِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا لِأَنَّ الْإِجَارَةَ وَرَدَتْ على الْمَنْفَعَةِ وإنها مِلْكُ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ فإذا أَجَازَ كان بَدَلُهَا له فَأَمَّا الثَّمَنُ فإنه بَدَلُ الْعَيْنِ وَالْعَيْنُ مِلْكُ الْمُؤَاجِرِ فَكَانَ بَدَلُهَا له وَبِالْإِجَارَةِ لَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ ما لم تَمْضِ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ الثَّانِيَةِ فإذا مَضَتْ فَإِنْ كانت مُدَّتُهُمَا وَاحِدَةً تَنْقَضِي الْمُدَّتَانِ جميعا وَإِنْ كانت مُدَّةُ الثَّانِيَةِ أَقَلَّ فلأول (((فللأول))) أَنْ يَسْكُنَ حتى تَتِمَّ الْمُدَّةُ
وَكَذَلِكَ لو رَهَنَهَا الْمُؤَاجِرُ قبل انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ إن الْعَقْدَ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُرْتَهِنِ مَوْقُوفٌ في حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِالْمُسْتَأْجَرِ وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ حتى تَنْقَضِيَ مُدَّتُهُ
وَعَلَى هذا بَيْعُ الْمَرْهُونِ من الرَّاهِنِ أَنَّهُ جَائِزٌ بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي مَوْقُوفٌ في حَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حتى يَسْتَوْفِيَ مَالَهُ فإذا افتكها الرَّاهِنُ يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ الدَّارِ إلَى الْمُشْتَرِي كما في الْإِجَارَةِ إلَّا أَنَّ هَهُنَا إذَا أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ حتى جاء وسلم الدَّارَ إلَى الْمُشْتَرِي فَالثَّمَنُ يَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ قَائِمًا مَقَامَ الدَّارِ لِأَنَّ حَقَّ حَبْسِ الْعَيْنِ كان ثَابِتًا له ما دَامَتْ في يَدِهِ وَبَدَلُ الْعَيْنِ قَائِمٌ مَقَامَ الْعَيْنِ فَثَبَتَ له حَقُّ حَبْسِهِ
وَفَرَّقَ الْقُدُورِيُّ بين الرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ فقال في الرَّهْنِ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُبْطِلَ الْبَيْعَ وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ ذلك لِأَنَّ حَقَّ الْمُسْتَأْجِرِ في الْمَنْفَعَةِ لَا في الْعَيْنِ فَكَانَ الْفَسْخُ منه تَصَرُّفًا في مَحَلِّ حَقِّ الْغَيْرِ فَلَا يَمْلِكُهُ وَأَمَّا في حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فَتَعَلَّقَ بعين (((بغير))) الْمَرْهُونِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ مُسْتَوْفِيًا لِلدَّيْنِ فَكَانَ الْفَسْخُ منه تَصَرُّفًا في مَحَلِّ حَقِّهِ فَيَمْلِكُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَلِلْأَجِيرِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ وَأُجَرَائِهِ إذَا لم يُشْتَرَطْ عليه في الْعَقْدِ أَنْ يَعْمَلَ بيده لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على الْعَمَلِ وَالْإِنْسَانُ قد يَعْمَلُ بِنَفْسِهِ وقد يَعْمَلُ بِغَيْرِهِ وَلِأَنَّ عَمَلَ أُجَرَائِهِ يَقَعُ له فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ عَمِلَ بِنَفْسِهِ إلَّا إذَا شَرَطَ عليه عَمَلَهُ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على عَمَلٍ من شَخْصٍ مُعَيَّنٍ
وَالتَّعْيِينُ مُفِيدٌ لِأَنَّ الْعُمَّالَ مُتَفَاوِتُونَ في الْعَمَلِ فَيَتَعَيَّنُ فَلَا يَجُوزُ تَسْلِيمُهَا من شَخْصٍ آخَرَ من غَيْرِ رِضَا الْمُسْتَأْجِرِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا بِعَيْنِهِ لِلْحَمْلِ لَا يُجْبَرُ على أَخْذِ غَيْرِهِ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ على الْحَمْلِ ولم يُعَيِّنْ جَمَلًا كان لِلْمُكَارِي أَنْ يُسَلِّمَ إلَيْهِ أَيَّ جَمَلٍ شَاءَ كَذَا هَهُنَا وَتَطْيِينُ الدَّارِ وَإِصْلَاحُ مِيزَابِهَا وما وَهَى من بِنَائِهَا على رَبِّ الدَّارِ دُونَ الْمُسْتَأْجِرِ
لِأَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ وَإِصْلَاحُ الْمِلْكِ على الْمَالِكِ لَكِنْ لَا يُجْبَرُ على ذلك
لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يُجْبَرُ على إصْلَاحِ مِلْكِهِ
وَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَخْرُجَ إنْ لم يَعْمَلْ الْمُؤَاجِرُ ذلك لِأَنَّهُ عَيْبٌ بِالْمَعْقُودِ عليه وَالْمَالِكُ لَا يُجْبَرُ على إزَالَةِ الْعَيْبِ عن مِلْكِهِ لَكِنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ لَا يَرْضَى بِالْعَيْبِ حتى لو كان اسْتَأْجَرَ وَهِيَ كَذَلِكَ وَرَآهَا فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّهُ رضي بِالْمَبِيعِ الْمَعِيبِ وَإِصْلَاحُ دَلْوِ الْمَاءِ وَالْبَالُوعَةِ وَالْمَخْرَجِ على رَبِّ الدَّارِ وَلَا يُجْبَرُ على ذلك وَإِنْ كان امْتَلَأَ من فِعْلِ الْمُسْتَأْجِرِ لِمَا قُلْنَا
وَقَالُوا في الْمُسْتَأْجِرِ إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وفي الدَّارِ تُرَابٌ من كَنْسِهِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْفَعَهُ لِأَنَّهُ حَدَثَ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَتُرَابٍ وَضَعَهُ فيها وَإِنْ امْتَلَأَ خَلَاهَا وَمَجْرَاهَا من فِعْلِهِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عليه نَقْلُهُ
لِأَنَّهُ حَدَثَ بِفِعْلِهِ فَيَلْزَمُهُ نَقْلُهُ كَالْكُنَاسَةِ وَالرَّمَادِ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا وَجَعَلُوا نَقْلَ ذلك على صَاحِبِ الدَّارِ لِلْعُرْفِ وَالْعَادَةِ إذْ الْعَادَةُ بين الناس أَنَّ ما كان مُغَيَّبًا في الْأَرْضِ فَنَقْلُهُ على صَاحِبِ الدَّارِ فَحَمَلُوا ذلك على الْعَادَةِ فَإِنْ أَصْلَحَ الْمُسْتَأْجِرُ شيئا من ذلك

لم يُحْتَسَبْ له بِمَا أَنْفَقَ
لِأَنَّهُ أَصْلَحَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَلَا وِلَايَةَ عليه فَكَانَ مُتَبَرِّعًا وَقَبْضُ الْمُسْتَأْجَرِ على الْمُؤَاجِرِ حتى لو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا في حَوَائِجِهِ في الْمِصْرِ وَقْتًا مَعْلُومًا فَمَضَى الْوَقْتُ فَلَيْسَ عليه تَسْلِيمُهَا إلَى صَاحِبِهَا بِأَنْ يَمْضِيَ بها إلَيْهِ وَعَلَى الذي أَجَّرَهَا أَنْ يَقْبِضَ من مَنْزِلِ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ وَإِنْ انْتَفَعَ بِالْمُسْتَأْجَرِ لَكِنَّ هذه الْمَنْفَعَةَ إنَّمَا حَصَلَتْ له بِعِوَضٍ حَصَلَ لِلْمُؤْجِرِ فَبَقِيَتْ الْعَيْنُ أَمَانَةً في يَدِهِ كَالْوَدِيعَةِ وَلِهَذَا لَا يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا فلم يَكُنْ عليه رَدُّهَا كَالْوَدِيعَةِ حتى لو أَمْسَكَهَا أَيَّامًا فَهَلَكَتْ في يَدِهِ لم يَضْمَنْ شيئا سَوَاءٌ طَلَبَ منه الْمُؤَاجِرُ أَمْ لم يَطْلُبْ لِأَنَّهُ لم يَلْزَمْهُ الرَّدُّ إلَى بَيْتِهِ بَعْدَ الطَّلَبِ فلم يَكُنْ مُتَعَدِّيًا في الْإِمْسَاكِ فَلَا يَضْمَنُ كَالْمُودَعِ إذَا امْتَنَعَ عن رَدِّ الْوَدِيعَةِ إلَى بَيْتِ الْمُودِعِ حتى هَلَكَتْ وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُسْتَعَارِ إن رَدَّهُ على الْمُسْتَعِيرِ لِأَنَّ نَفْعَهُ له على الْخُلُوصِ فَكَانَ رَدُّهُ عليه لقول (((لقوله))) رسول اللَّهُ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلِهَذَا كانت نَفَقَتُهُ عليه فَكَذَا مُؤْنَةُ الرَّدِّ
فَإِنْ كان اسْتَأْجَرَهَا من مَوْضِعٍ مُسَمًّى في الْمِصْرِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا فإن على الْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْتِيَ بها إلَى ذلك الْمَوْضِعِ الذي قَبَضَهَا فيه لَا لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عليه بَلْ لِأَجْلِ الْمَسَافَةِ التي تَنَاوَلَهَا الْعَقْدُ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَا يَنْتَهِي إلَّا بِرَدِّهِ إلَى ذلك الْمَوْضِعِ فَإِنْ حَمَلَهَا إلَى مَنْزِلِهِ فَأَمْسَكَهَا حتى عَطِبَتْ ضَمِنَ قِيمَتَهَا لِأَنَّهُ تَعَدَّى في حَمْلِهَا إلَى غَيْرِ مَوْضِعِ الْعَقْدِ
فَإِنْ قال الْمُسْتَأْجِرُ ارْكَبْهَا من هذا الْمَوْضِعِ إلَى مَوْضِعِ كَذَا وَارْجِعْ إلَى مَنْزِلِي فَلَيْسَ على الْمُسْتَأْجِرِ رَدُّهَا إلَى مَنْزِلِ الْمُؤَاجِرِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَادَ إلَى مَنْزِلِهِ فَقَدْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ فَبَقِيَتْ أَمَانَةً في يَدِهِ ولم يَتَبَرَّعْ الْمَالِكُ بِالِانْتِفَاعِ بها فَلَا

يَلْزَمُ رَدُّهَا
كَالْوَدِيعَةِ وَلَيْسَ لِلظِّئْرِ أَنْ تَأْخُذَ صَبِيًّا آخَرَ فَتُرْضِعَهُ مع الْأَوَّلِ فَإِنْ أَخَذَتْ صَبِيًّا آخَرَ فَأَرْضَعَتْهُ مع الْأَوَّلِ فَقَدْ أَسَاءَتْ وَأَثِمَتْ إنْ كانت قد أَضَرَّتْ بِالصَّبِيِّ وَلَهَا الْأَجْرُ على الْأَوَّلِ وَالْآخِرِ
أَمَّا الْإِثْمُ فَلِأَنَّهُ قد اُسْتُحِقَّ عليها كَمَالُ الرَّضَاعِ وَلَمَّا أَرْضَعَتْ صَبِيَّيْنِ فَقَدْ أَضَرَّتْ بِأَحَدِهِمَا لِنُقْصَانِ اللَّبَنِ
وَأَمَّا اسْتِحْقَاقُ الْأُجْرَةِ فَلِأَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْعَقْدِ الْإِرْضَاعُ مُطْلَقًا وقد وُجِدَ وَلِلْمُسْتَرْضِعِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ طئرا (((ظئرا))) آخَرَ لِقَوْلِهِ عز وجل { وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إذَا سَلَّمْتُمْ ما آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ } نَفَى الْجُنَاحَ عن الْمُسْتَرْضِعِ مُطْلَقًا فَإِنْ أَرْضَعَتْهُ الْأُخْرَى فَلَهَا الأجر
(((الأجرة))) أَيْضًا فَإِنْ اسْتَأْجَرَتْ الظِّئْرُ ظِئْرًا أُخْرَى فَأَرْضَعَتْهُ أو دَفَعَتْ الصَّبِيَّ إلَى جَارِيَتِهَا فَأَرْضَعَتْهُ فَلَهَا الْأَجْرُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لها الْأَجْرُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على عَمَلِهَا فَلَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِعَمَلِ غَيْرِهَا كَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ بِنَفْسِهِ فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَعَمِلَ لم يَسْتَحِقَّ الْأُجْرَةَ فَكَذَا هذا
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إرْضَاعَهَا قد يَكُونُ بِنَفْسِهَا وقد يَكُونُ بغيرها (((بغيره))) لِأَنَّ الْإِنْسَانَ تَارَةً يَعْمَلُ بِنَفْسِهِ وَتَارَةً بِغَيْرِهِ وَلِأَنَّ الثَّانِيَةَ لَمَّا عَمِلَتْ بِأَمْرِ الْأُولَى وَقَعَ عَمَلُهَا لِلْأُولَى فَصَارَ كَأَنَّهَا عَمِلَتْ بِنَفْسِهَا هذا إذَا أُطْلِقَ فَأَمَّا إذَا قُيِّدَ ذلك بِنَفْسِهَا ليس لها أَنْ تَسْتَرْضِعَ أُخْرَى لِأَنَّ الْعَقْدَ أَوْجَبَ الْإِرْضَاعَ بِنَفْسِهَا فَإِنْ اسْتَأْجَرَتْ أُخْرَى فَأَرْضَعَتْهُ لَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ كما قُلْنَا في الْإِجَارَةِ على الْأَعْمَالِ وَلَيْسَ لِلْمُسْتَرْضِعِ أَنْ يَحْبِسَ الظِّئْرَ في مَنْزِلِهِ إذَا لم يَشْتَرِطْ ذلك عليها وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الصبى إلَى مَنْزِلِهَا لِأَنَّ الْمَكَانَ لم يَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ وَلَيْسَ على الظِّئْرِ طَعَامُ الصَّبِيِّ وَدَوَاؤُهُ لِأَنَّ ذلك لم يَدْخُلْ في الْعَقْدِ وما ذَكَرَهُ في الْأَصْلِ أَنَّ على الظِّئْرِ ما يُعَالَجُ بِهِ الصِّبْيَانُ من الرَّيْحَانِ وَالدُّهْنِ فَذَلِكَ مَحْمُولٌ على الْعَادَةِ
وقد قالوا في تَوَابِعِ الْعُقُودِ التي لَا ذِكْرَ لها في الْعُقُودِ إنَّهَا تُحْمَلُ على عَادَةِ كل بَلَدٍ حتى قالوا فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَضْرِبُ له لَبِنًا أَنَّ الزِّنْبِيلَ وَالْمِلْبَنَ على صَاحِبِ اللَّبِنِ وَهَذَا على عَادَتِهِمْ
وَقَالُوا فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ على حَفْرِ قَبْرٍ إنَّ حَثْيَ التُّرَابِ عليه إنْ كان أَهْلُ تِلْكَ الْبِلَادِ يَتَعَامَلُونَ بِهِ وَتَشْرِيجُ اللَّبِنِ على اللَّبَّانِ وَإِخْرَاجُ الْخُبْزِ من التَّنُّورِ على الْخَبَّازِ لِأَنَّ ذلك من تَمَامِ الْعَمَلِ
وَقَالُوا في الْخَيَّاطِ أن السُّلُوكَ عليه لِأَنَّ عَادَتَهُمْ جَرَتْ بِذَلِكَ وَقَالُوا في الدَّقِيقِ الذي يُصْلِحُ بِهِ الْحَائِكُ الثَّوْبَ أنه على صَاحِبِ الثَّوْبِ فَإِنْ كان أَهْلُ بَلَدٍ تَعَامَلُوا بِخِلَافِ ذلك فَهُوَ على ما يَتَعَامَلُونَ
وَقَالُوا في الطَّبَّاخِ إذَا استؤجر (((استأجر))) في عُرْسٍ إنَّ إخْرَاجَ الْمَرَقِ عليه وَلَوْ طَبَخَ قِدْرًا خَاصَّةً فَفَرَغَ منها فَلَهُ الْأَجْرُ وَلَيْسَ عليه من إخْرَاجِ الْمَرَقِ شَيْءٌ وهو مَبْنِيٌّ على الْعَادَةِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْعَادَةِ
وَقَالُوا فِيمَنْ تَكَارَى دَابَّةً يَحْمِلُ عليها حِنْطَةً إلَى مَنْزِلِهِ فلما انْتَهَى إلَيْهِ أَرَادَ صَاحِبُ الْحِنْطَةِ أَنْ يَحْمِلَ الْمُكَارِي ذلك فَيُدْخِلَهُ مَنْزِلَهُ وَأَبَى الْمُكَارِي قالوا قال أبو حَنِيفَةَ عليه ما يَفْعَلُهُ الناس وَيَتَعَامَلُونَ عليه

وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَصْعَدَ بها إلَى السَّطْحِ وَالْغُرْفَةِ فَلَيْسَ عليه ذلك إلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَهُ وَلَوْ كان جَمَّالًا على ظَهْرِهِ فَعَلَيْهِ إدْخَالُ ذلك وَلَيْسَ عليه أَنْ يَصْعَدَ بِهِ إلَى عُلُوِّ الْبَيْتِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ وإذا تَكَارَى دَابَّةً فَالْإِكَافُ على صَاحِبِ الدَّابَّةِ فَأَمَّا الْحِبَالُ وَالْجُوَالِقُ فَعَلَى ما تَعَارَفَهُ أَهْلُ الصَّنْعَةِ وَكَذَلِكَ اللِّجَامُ وَأَمَّا السَّرْجُ فَعَلَى رَبِّ الدَّابَّةِ إلَّا أَنْ تَكُونَ سُنَّةُ الْبَلَدِ بِخِلَافِ ذلك فَيَكُونُ على سُنَّتِهِمْ
وَعَلَى هذا مَسَائِلُ وَلَوْ الْتَقَطَ رَجُلٌ لَقِيطًا فَاسْتَأْجَرَ له ظِئْرًا فَالْأُجْرَةُ عليه وهو مُتَطَوِّعٌ في ذلك أَمَّا لُزُومُ الْأُجْرَةِ إيَّاهُ فَلِأَنَّهُ الْتَزَمَ ذلك فَيَلْزَمُهُ وَأَمَّا كَوْنُهُ مُتَطَوِّعًا فيه فَلِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ له على اللَّقِيطِ فَلَا يَمْلِكُ إيجَابَ الدَّيْنِ في ذِمَّتِهِ وَرَضَاعُهُ على بين (((بيت))) الْمَالِ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ
وَأَمَّا الثَّانِي وهو الذي يَرْجِعُ إلَى صِفَةِ الْمُسْتَأْجَرِ وَالْمُسْتَأْجَرِ فيه فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ صِفَةِ الْمُسْتَأْجَرِ وَالْمُسْتَأْجَرِ فيه
وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يُغَيِّرُ تِلْكَ الصِّفَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا خِلَافَ في أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ أَمَانَةٌ في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ كَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ وَعَبْدِ الْخِدْمَةِ وَنَحْوِ ذلك حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ قَبْضَ الْإِجَارَةِ قَبْضٌ مَأْذُونٌ فيه فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا كَقَبْضِ الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ وَسَوَاءٌ كانت الْإِجَارَةُ صَحِيحَةً أو فَاسِدَةً لِمَا قُلْنَا
وَأَمَّا الْمُسْتَأْجَرُ فيه كَثَوْبِ الْقِصَارَةِ وَالصِّبَاغَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَالْمَتَاعِ الْمَحْمُولِ في السَّفِينَةِ أو على الدَّابَّةِ أو على الْجِمَالِ وَنَحْوِ ذلك فَالْأَجِيرُ لَا يَخْلُو أما إنْ كان مُشْتَرَكًا أو خَاصًّا وهو الْمُسَمَّى أَجِيرُ الواحد (((الوحد))) فَإِنْ كان مُشْتَرَكًا فَهُوَ أَمَانَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَالْحَسَنِ بن زِيَادٍ وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ هو مَضْمُونٌ عليه إلَّا حَرَقٌ غَالِبٌ أو غَرَقٌ غَالِبٌ أو لُصُوصٌ مُكَابِرِينَ وَلَوْ احْتَرَقَ بَيْتُ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ بِسِرَاجٍ يَضْمَنُ الْأَجِيرُ كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ هذا ليس بِحَرِيقٍ غَالِبٍ وهو الذي يَقْدِرُ على اسْتِدْرَاكِهِ لو عَلِمَ بِهِ لِأَنَّهُ لو عَلِمَ بِهِ لَأَطْفَأَهُ فلم يَكُنْ مَوْضِعَ الْعُذْرِ وهو اسْتِحْسَانٌ ثُمَّ إنْ هَلَكَ قبل الْعَمَلِ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ غير معمولا (((معمول))) وَلَا أَجْرَ له وَإِنْ هَلَكَ بَعْدَ الْعَمَلِ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ مَعْمُولًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ بِحِسَابِهِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غير مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ له
وَاحْتَجَّا بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ وقد عَجَزَ عن رَدِّ عَيْنِهِ بِالْهَلَاكِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ قَائِمًا مَقَامَهُ وَرُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه كان يُضَمِّنُ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ احْتِيَاطًا لِأَمْوَالِ الناس وهو الْمَعْنَى في الْمَسْأَلَةِ وهو أَنَّ هَؤُلَاءِ الْأُجَرَاءَ الَّذِينَ يُسَلَّمُ الْمَالُ إلَيْهِمْ من غَيْرِ شُهُودٍ تُخَافُ الْخِيَانَةُ منهم فَلَوْ عَلِمُوا أَنَّهُمْ لَا يُضَمَّنُونَ لَهَلَكَتْ أَمْوَالُ الناس لِأَنَّهُمْ لَا يَعْجِزُونَ عن دَعْوَى الْهَلَاكِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في الْحَرْقِ الْغَالِبِ وَالْغَرَقِ الْغَالِبِ وَالسَّرَقِ الْغَالِبِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا يَجِبَ الضَّمَانُ إلَّا على الْمُتَعَدِّي لِقَوْلِهِ عز وجل { فَلَا عُدْوَانَ إلَّا على الظَّالِمِينَ } ولم يُوجَدْ التَّعَدِّي من الْأَجِيرِ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ في الْقَبْضِ وَالْهَلَاكُ ليس من صُنْعِهِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عليه وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ على الْمُودِعِ وَالْحَدِيثُ لَا يَتَنَاوَلُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّ الرَّدَّ في بَابِ الْإِجَارَةِ لَا يَجِبُ على الْمُسْتَأْجِرِ فَكَانَ الْمُرَادُ منه الْإِعَارَةُ وَالْغَصْبُ وَفِعْلُ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كان في بَعْضِ الْأُجَرَاءِ وهو الْمُتَّهَمُ بِالْخِيَانَةِ وَبِهِ نَقُولُ ثُمَّ عِنْدَهُمَا إنَّمَا يَجِبُ الضَّمَانُ على الْأَجِيرِ إذَا هَلَكَ في يَدِهِ لِأَنَّ الْعَيْنَ إنَّمَا تَدْخُلُ في

الضَّمَانِ عِنْدَهُمَا بِالْقَبْضِ كَالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ فما لم يُوجَدْ الْقَبْضُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ حتى لو كان صَاحِبُ الْمَتَاعِ معه رَاكِبًا في السَّفِينَةِ أو رَاكِبًا على الدَّابَّةِ التي عليها الْحِمْلُ فَعَطِبَ الْحِمْلُ من غَيْرِ صُنْعِ الْأَجِيرِ لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ الْمَتَاعَ في يَدِ صَاحِبِهِ

وَكَذَلِكَ إذَا كان صَاحِبُ الْمَتَاعِ وَالْمُكَارِي رَاكِبَيْنِ على الدَّابَّةِ أو سَائِقَيْنِ أو قَائِدَيْنِ لِأَنَّ الْمَتَاعَ في أَيْدِيهِمَا فلم يَنْفَرِدْ الْأَجِيرُ بِالْيَدِ فَلَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْيَدِ

وَرَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إنْ سُرِقَ الْمَتَاعُ من رَأْسِ الْحَمَّالِ وَصَاحِبُ الْمَتَاعِ يَمْشِي معه لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ الْمَتَاعَ لم يَصِرْ في يَدِهِ حَيْثُ لم يُخْلِ صَاحِبُ الْمَتَاعِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَتَاعِ

وَقَالُوا في الطَّعَامِ إذَا كان في سَفِينَتَيْنِ وَصَاحِبُهُ في إحْدَاهُمَا وَهُمَا مَقْرُونَتَانِ أو غَيْرُ مَقْرُونَتَيْنِ إلَّا أَنَّ سَيْرَهُمَا جميعا وَحَبْسَهُمَا جميعا فَلَا ضَمَانَ على الْمَلَّاحِ فِيمَا هَلَكَ من يَدِهِ لِأَنَّهُ هَلَكَ في يَدِ صَاحِبِهِ

وَكَذَلِكَ الْقِطَارُ إذَا كان عليه حُمُولَةٌ وَرَبُّ الْحُمُولَةِ على بَعِيرٍ فَلَا ضَمَانَ على الجمال (((الجمال)))

لِأَنَّ الْمَتَاعَ في يَدِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ هو الْحَافِظُ له

وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا لِيَحْمِلَ عليه زِقًّا من سَمْنٍ فَحَمَلَهُ صَاحِبُ الزِّقِّ وَالْحَمَّالُ جميعا لِيَضَعَاهُ على رَأْسِ الْحَمَّالِ فَانْخَرَقَ الزِّقُّ وَذَهَبَ ما فيه

قال أبو يُوسُفَ لَا يَضْمَنُ الْحَمَّالُ لِأَنَّهُ لم يُسَلَّمْ إلَى

الْحَمَّالِ بَلْ هو في يَدِهِ قال وَإِنْ حَمَلَهُ إلَى بَيْتِ صَاحِبِهِ ثُمَّ أَنْزَلَهُ الْحَمَّالُ من رَأْسِهِ وَصَاحِبُ الزِّقِّ فَوَقَعَ في أَيْدِيهِمَا فَالْحَمَّالُ ضَامِنٌ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ الْأَوَّلُ ثُمَّ رَجَعَ وقال لَا ضَمَانَ عليه

لِأَبِي يُوسُفَ إن الْمَحْمُولَ دَاخِلٌ في ضَمَانِ الْحِمَالَةِ بِثُبُوتِ يَدِهِ عليه فَلَا يَبْرَأُ إلَّا بِالتَّسْلِيمِ إلَى صَاحِبِهِ فإذا أخطآ (((أخطئوا))) جميعا فَيَدُ الْحَمَّالِ لم تَزُلْ فَلَا يَزُولُ الضَّمَانُ

وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّيْءَ قد وَصَلَ إلَى صَاحِبِهِ بِإِنْزَالِهِ فَخَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا كما لو حَمَلَاهُ ابْتِدَاءً إلَى رَأْسِ الْحَمَّالِ فَهَلَكَ

وَرَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ دَفَعَ إلَى رَجُلٍ مُصْحَفًا يَعْمَلُ فيه وَدَفَعَ الْغِلَافَ معه أو دَفَعَ سَيْفًا إلَى صَيْقَلٍ يَصْقُلُهُ بِأَجْرٍ وَدَفَعَ الْجَفْنَ معه فَضَاعَا

قال مُحَمَّدٌ يَضْمَنُ الْمُصْحَفَ وَالْغِلَافَ وَالسَّيْفَ وَالْجَفْنَ

لِأَنَّ الْمُصْحَفَ لَا يَسْتَغْنِي عن الْغِلَافِ وَالسَّيْفَ لَا يَسْتَغْنِي عن الْجَفْنِ فصارا (((فصار))) كَشَيْءٍ وَاحِدٍ قال فَإِنْ أَعْطَاهُ مُصْحَفًا يَعْمَلُ له غِلَافًا أو سِكِّينًا يَعْمَلُ له نِصَالًا فَضَاعَ الْمُصْحَفُ أو ضَاعَ السِّكِّينُ لم يَضْمَنْ لِأَنَّهُ لم يَسْتَأْجِرْهُ على أَنْ يَعْمَلَ فِيهِمَا بَلْ في غَيْرِهِمَا

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْأَجِيرُ وَصَاحِبُ الثَّوْبِ فقال الْأَجِيرُ رَدَدْت وَأَنْكَرَ صَاحِبُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَجِيرِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ أَمِينٌ عِنْدَهُ في الْقَبْضِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمِينِ مع الْيَمِينِ وَلَكِنْ لَا يُصَدَّقُ في دَعْوَى الْأَجْرِ وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ لِأَنَّ الثَّوْبَ قد دخل في ضَمَانِهِ عِنْدَهُمَا فَلَا يُصَدَّقُ على الرَّدِّ إلَّا

بِبَيِّنَةٍ وَإِنْ كان الْأَجِيرُ خَاصًّا فما في يَدِهِ يَكُونُ أَمَانَةً في قَوْلِهِمْ جميعا حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ لَا يَضْمَنُ أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه صُنْعٌ يَصْلُحُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ
وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ في الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ ثَبَتَ اسْتِحْسَانًا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ الناس وَلَا حَاجَةَ إلَى ذلك في الْأَجِيرِ الخاص (((الخالص))) لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّهُ يُسَلِّمُ نَفْسَهُ وَلَا يَتَسَلَّمُ الْمَالَ فَلَا يُمْكِنُهُ الْخِيَانَةُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الثَّانِي وهو بَيَانُ ما يُغَيِّرُهُ من صِفَةِ الْأَمَانَةِ إلَى الضَّمَانِ فَالْمُغَيِّرُ له أَشْيَاءُ منها تَرْكُ الْحِفْظِ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَمَّا قَبَضَ الْمُسْتَأْجَرَ فيه فَقَدْ الْتَزَمَ حِفْظَهُ وَتَرْكُ الْحِفْظِ الْمُلْتَزَمِ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ كَالْمُودَعِ إذَا تَرَكَ حِفْظَ الْوَدِيعَةِ حتى ضَاعَتْ على ما نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْوَدِيعَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا الْإِتْلَافُ وَالْإِفْسَادُ إذَا كان الْأَجِيرُ مُتَعَدِّيًا فيه بِأَنْ تَعَمَّدَ ذلك أو عَنُفَ في الدَّقِّ سَوَاءٌ كان مُشْتَرَكًا أو خَاصًّا وَإِنْ لم يَكُنْ مُتَعَدِّيًا في الْإِفْسَادِ بِأَنْ أَفْسَدَ الثَّوْبَ خَطَأً بِعَمَلِهِ من غَيْرِ قَصْدِهِ فَإِنْ كان الْأَجِيرُ خَاصًّا لم يَضْمَنْ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان مُشْتَرَكًا كَالْقَصَّارِ إذَا دَقَّ الثَّوْبَ فَتَخَرَّقَ أو أَلْقَاهُ في النُّورَةِ فَاحْتَرَقَ أو الْمَلَّاحِ غَرِقَتْ السَّفِينَةُ من عَمَلِهِ وَنَحْوِ ذلك فإنه يَضْمَنُ في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ لَا يَضْمَنُ وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أن الْفَسَادَ حَصَلَ بِعَمَلٍ مَأْذُونٍ فيه فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَالْأَجِيرِ الْخَاصِّ وَالْمُعَيَّنِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ حَصَلَ بِعَمَلٍ مَأْذُونٍ فيه أَنَّهُ حَصَلَ بِالدَّقِّ وَالدَّقُّ مَأْذُونٌ فيه وَلَئِنْ لم يَكُنْ مَأْذُونًا فيه لَكِنْ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عن هذا النَّوْعِ من الْفَسَادِ لِأَنَّهُ ليس في وُسْعِهِ الدَّقُّ الْمُصْلِحُ فَأَشْبَهَ الْحَجَّامَ وَالْبَزَّاغَ وَلَئِنْ كان ذلك في وُسْعِهِ لَكِنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَحْصِيلُهُ إلَّا بِحَرَجٍ والحرم (((والحرج))) مَنْفِيٌّ فَكَانَ مُلْحَقًا بِمَا ليس في الْوُسْعِ
وَلَنَا أَنَّ الْمَأْذُونَ فيه الدَّقُّ الْمُصْلِحُ لَا الْمُفْسِدُ لِأَنَّ الْعَاقِلَ لَا يَرْضَى بِإِفْسَادِ مَالِهِ وَلَا يَلْتَزِمُ الْأُجْرَةَ بِمُقَابَلَةِ ذلك فَيَتَقَيَّدُ الْأَمْرُ بِالْمُصْلِحِ دَلَالَةً وَقَوْلُهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عن الْفَسَادِ مَمْنُوعٌ بَلْ في وُسْعِهِ ذلك بِالِاجْتِهَادِ في ذلك وهو بَذْلُ الْمَجْهُودِ في النَّظَرِ في آلَةِ الدَّقِّ وَمَحَلِّهِ وَإِرْسَالِ الْمِدَقَّةِ على الْمَحَلِّ على قَدْرِ ما يَحْتَمِلُهُ مع الْحَذَاقَةِ في الْعَمَلِ وَالْمَهَارَةِ في الصَّنْعَةِ وَعِنْدَ مُرَاعَاةِ هذه الشَّرَائِطِ لَا يَحْصُلُ الْفَسَادُ فلما حَصَلَ دَلَّ أَنَّهُ قَصَّرَ كما نَقُولُ في الِاجْتِهَادِ في أُمُورِ الدِّينِ إلَّا أَنَّ الْخَطَأَ في حُقُوقِ الْعِبَادِ ليس بِعُذْرٍ حتى يُؤَاخَذَ الخاطىء وَالنَّاسِي بِالضَّمَانِ
وَقَوْلُهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عن الْفَسَادِ إلَّا بِحَرَجٍ مُسَلَّمٌ لَكِنَّ الْحَرَجَ إنَّمَا يُؤَثِّرُ في حُقُوقِ اللَّهِ عز وجل بِالْإِسْقَاطِ لَا في حُقُوقِ الْعِبَادِ وَبِهَذَا فَارَقَ الْحَجَّامَ وَالْبَزَّاغَ لِأَنَّ السَّلَامَةَ وَالسِّرَايَةَ هُنَاكَ مَبْنِيَّةٌ على قُوَّةِ الطَّبِيعَةِ وَضَعْفِهَا وَلَا يُوقَفُ على ذلك بِالِاجْتِهَادِ فلم يَكُنْ في وُسْعِهِ الِاحْتِرَازُ عن السِّرَايَةِ فَلَا يَتَقَيَّدُ الْعَقْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ
وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَهُنَاكَ وَإِنْ وَقَعَ عَمَلُهُ إفْسَادًا حَقِيقَةً إلَّا أَنَّ عَمَلَهُ يَلْتَحِقُ بِالْعَدَمِ شَرْعًا لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِعَمَلِهِ بَلْ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ إلَيْهِ في الْمُدَّةِ فَكَأَنَّهُ لم يَعْمَلْ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْحَمَّالُ إذَا زَلِقَتْ رَجُلُهُ في الطَّرِيقِ أو عَثَرَ فَسَقَطَ وَفَسَدَ حِمْلُهُ وَلَوْ زَحَمَهُ الناس حتى فَسَدَ لم يَضْمَنْ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ حِفْظُ نَفْسِهِ عن ذلك فَكَانَ بِمَعْنَى الْحَرْقِ الْغَالِبِ وَالْغَرَقِ الْغَالِبِ وَلَوْ كان الْحَمَّالُ هو الذي زَاحَمَ الناس

حتى انْكَسَرَ يَضْمَنُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ
وَكَذَلِكَ الرَّاعِي الْمُشْتَرَكِ إذَا سَاقَ الدَّوَابَّ على السُّرْعَةِ فَازْدَحَمْنَ على الْقَنْطَرَةِ أو على الشَّطِّ فَدَفَعَ بَعْضُهَا بَعْضًا فَسَقَطَ في الْمَاءِ فَعَطِبَ فَعَلَى هذا الْخِلَاف وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّةٌ بِسَوْقِهِ أو ضَرْبِهِ إيَّاهَا فَإِنْ سَاقَ سَوْقًا مُعْتَادًا أو ضَرَبَ ضَرْبًا مُعْتَادًا فَعَطِبَتْ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ وَإِنْ سَاقَ أو ضَرَبَ سَوْقًا وَضَرْبًا بِخِلَافِ الْعَادَةِ يَضْمَنُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ ذلك إتْلَافٌ على طَرِيقِ التَّعَدِّي ثُمَّ إذَا تَخَرَّقَ الثَّوْبُ من عَمَلِ الْأَجِيرِ حتى ضَمِنَ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ لِأَنَّهُ ما أَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بَلْ الْمَضَرَّةَ لِأَنَّ إيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ بِالْعَمَلِ الْمُصْلِحِ دُونَ الْمُفْسِدِ وفي الْحَمَّالِ إذَا وَجَبَ ضَمَانُ الْمَتَاعِ الْمَحْمُولِ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ في الْمَوْضِعِ الذي سَلَّمَهُ إلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ في الْمَوْضِعِ الذي فَسَدَ أو هَلَكَ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ إلَى ذلك الْمَوْضِعِ
وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ له بَلْ يُضَمِّنُهُ قِيمَتَهُ مَحْمُولًا في الْمَوْضِعِ الذي فَسَدَ أو هَلَكَ أَمَّا التَّخْيِيرُ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ وُجِدَ جِهَتَا الضَّمَانِ الْقَبْضُ وَالْإِتْلَافُ فَكَانَ له أَنْ يَضْمَنَهُ بِالْقَبْضِ يوم الْقَبْضِ وَلَهُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِالْإِتْلَافِ يوم الْإِتْلَافِ
أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَفِيهِ إشْكَالٌ
لِأَنَّ عِنْدَهُ الضَّمَانُ يَجِبُ بِالْإِتْلَافِ لَا بِالْقَبْضِ فَكَانَ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ سَبَبٌ وَاحِدٌ وهو الْإِتْلَافُ فَيَجِبُ أَنْ تُعْتَبَرَ قِيمَتُهُ يَوْمِ الْإِتْلَافِ وَلَا خِيَارَ فِيمَا يُرْوَى عنه
وَالْجَوَابُ عنه من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وُجِدَ هَهُنَا سَبَبَانِ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ أَحَدُهُمَا الْإِتْلَافُ
وَالثَّانِي الْعَقْدُ لِأَنَّ الْأَجِيرَ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ الْتَزَمَ الْوَفَاءَ بِالْمَعْقُودِ عليه وَذَلِكَ بِالْعَمَلِ الْمُصْلِحِ وقد خَالَفَ وَالْخِلَافُ من أَسْبَابِ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَثَبَتَ له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ بِالْعَقْدِ وَإِنْ شَاءَ بِالْإِتْلَافِ وَالثَّانِي أَنَّهُ لَمَّا لم يُوجَدْ منه إيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ في الْقَدْرِ التَّالِفِ فَقَدْ تَفَرَّقَتْ عليه الصَّفْقَةُ في الْمَنَافِعِ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ رضي بِتَفْرِيقِهَا وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْعَقْدَ وَلَا يَكُونُ ذلك إلَّا بِالتَّخْيِيرِ وَلَوْ كان الْمُسْتَأْجَرُ على حَمْلِهِ عَبِيدًا صِغَارًا أو كِبَارًا فَلَا ضَمَانَ على الْمُكَارِي فِيمَا عَطِبَ من سَوْقِهِ وَلَا قَوْدِهِ وَلَا يَضْمَنُ بَنُو آدَمَ من وَجْهِ الْإِجَارَةِ وَلَا يُشْبِهُ هذا الْمَتَاعَ لِأَنَّ ضَمَانَ بَنِي آدَمَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ وَضَمَانُ الْجِنَايَةِ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ دَلَّتْ هذه الْمَسْأَلَةُ على أَنَّ ما يَضْمَنُهُ الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ يَضْمَنُهُ بِالْعَقْدِ لَا بِالْإِفْسَادِ وَالْإِتْلَافِ لِأَنَّ ذلك يَسْتَوِي فيه الْمَتَاعُ وَالْآدَمِيُّ وإن وُجُوبَ الضَّمَانِ فيه بِالْخِلَافِ لَا بِالْإِتْلَافِ
وَذَكَرَ بِشْرٌ في نَوَادِرِهِ عن أبي يُوسُفَ في الْقَصَّارِ إذَا اسْتَعَانَ بِصَاحِبِ الثَّوْبِ لِيَدُقَّ معه فَتَخَرَّقَ وَلَا يدري من أَيِّ الدَّقِّ تَخَرَّقَ وقد كان صَحِيحًا قبل أَنْ يَدُقَّاهُ قال على الْقَصَّارِ نِصْفُ الْقِيمَةِ
وقال ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ الضَّمَانَ كُلَّهُ على الْقَصَّارِ حتى يُعْلَمَ أَنَّهُ تَخَرَّقَ من دَقِّ صَاحِبِهِ أو من دَقِّهِمَا فَمُحَمَّدٌ مَرَّ على أَصْلِهِمَا أَنَّ الثَّوْبَ دخل في ضَمَانِ الْقَصَّارِ بِالْقَبْضِ بِيَقِينٍ فَلَا يَخْرُجُ عن ضَمَانِهِ إلَّا بِيَقِينٍ مِثْلِهِ وهو أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ التَّخَرُّقَ حَصَلَ بِفِعْلِ غَيْرِهِ
ولأبى يُوسُفَ أَنَّ الْفَسَادَ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ من فِعْلِ الْقَصَّارِ وَاحْتَمَلَ أَنَّهُ من فِعْلِ صَاحِبِ الثَّوْبِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ على الْقَصَّارِ في حَالٍ وَلَا يَجِبُ في حَالٍ

فَلَزِمَ اعْتِبَارُ الْأَحْوَالِ فيه فَيَجِبُ نِصْفُ الْقِيمَةِ وَقَالُوا في تِلْمِيذِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إذَا وطيء ثَوْبًا من القصار (((القصارة))) فَخَرَقَهُ يَضْمَنُ لِأَنَّ وَطْءَ الثَّوْبِ غَيْرُ مَأْذُونٍ فيه وَلَوْ وَقَعَ من يَدِهِ سِرَاجٌ فَأَحْرَقَ ثَوْبًا من الْقِصَارَةِ فَالضَّمَانُ على الْأُسْتَاذِ وَلَا ضَمَانَ على التِّلْمِيذِ لِأَنَّ الذَّهَابَ وَالْمَجِيءَ بِالسِّرَاجِ عَمَلٌ مَأْذُونٌ فيه فَيَنْتَقِلُ عَمَلُهُ إلَى الْأُسْتَاذِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عليه

وَلَوْ دَقَّ الْغُلَامُ فَانْقَلَبَ الكودين من غَيْرِ يَدِهِ فَخَرَقَ ثَوْبًا من الْقِصَارَةِ فَالضَّمَانُ على الْأُسْتَاذِ لِأَنَّ هذا من عَمَلِ الْقِصَارَةِ فَكَانَ مُضَافًا إلَى الْأُسْتَاذِ فَإِنْ كان ثَوْبًا وَدِيعَةً عِنْدَ الْأُسْتَاذِ فَالضَّمَانُ على الْغُلَامِ لِأَنَّ عَمَلَهُ إنَّمَا يُضَافُ إلَى الْأُسْتَاذِ فِيمَا يَمْلِكُ تَسْلِيطَهُ عليه وَاسْتِعْمَالَهُ فيه وهو إنَّمَا يَمْلِكُ ذلك في ثِيَابِ الْقِصَارَةِ لَا في ثَوْبِ الْوَدِيعَةِ فَبَقِيَ مُضَافًا إلَيْهِ فَيَجِبُ عليه الضَّمَانُ كَالْأَجْنَبِيِّ وَكَذَلِكَ لو وَقَعَ من يَدِهِ سِرَاجٌ على ثَوْبِ الْوَدِيعَةِ فَأَحْرَقَهُ فَالضَّمَانُ على الْغُلَامِ لِمَا قُلْنَا

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ لو أَنَّ رَجُلًا دعى (((دعا))) قَوْمًا إلَى مَنْزِلِهِ فَمَشَوْا على بِسَاطِهِ فَتَخَرَّقَ لم يَضْمَنُوا وَكَذَلِكَ لو جَلَسُوا على وِسَادَةٍ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ في الْمَشْيِ على الْبِسَاطِ وَالْجُلُوسِ على الْوِسَادَةِ فَالْمُتَوَلِّدُ منه لَا يَكُونُ مَضْمُونًا وَلَوْ وَطِئُوا آنِيَةً من الْأَوَانِي ضَمِنُوا لِأَنَّ هذا مِمَّا لَا يُؤْذَنُ في وَطْئِهِ فَكَذَلِكَ إذَا وطؤا (((وطئوا))) ثَوْبًا لَا يُبْسَطُ مِثْلُهُ وَلَوْ قَلَبُوا إنَاءً بِأَيْدِيهِمْ فَانْكَسَرَ لم يَضْمَنُوا لِأَنَّ ذلك عَمَلٌ مَأْذُونٌ فيه وَلَوْ كان رَجُلٌ منهم مُقَلَّدًا سَيْفًا فَخَرَقَ السَّيْفُ الْوِسَادَةَ لم يَضْمَنْ

لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ في الْجُلُوسِ على هذه الصِّفَةِ وَلَوْ جَفَّفَ الْقَصَّارُ ثَوْبًا على حَبْلٍ في الطَّرِيقِ فَمَرَّتْ عليه حَمُولَةٌ فَخَرَقَتْهُ فَلَا ضَمَانَ

على الْقَصَّارِ وَالضَّمَانُ على سَائِقِ الْحَمُولَةِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ من السَّائِقِ لِأَنَّ الْمَشْيَ في الطَّرِيقِ مُقَيَّدٌ بِالسَّلَامَةِ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إلَيْهِ فَكَانَ الضَّمَانُ عليه

وَلَوْ تَكَارَى رَجُلٌ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا فَضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ أو كَبَحَهَا بِاللِّجَامِ فَعَطِبَهَا ذلك فإنه ضَامِنٌ إلَّا أَنْ يَأْذَنَ له صَاحِبُ الدَّابَّةِ في ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ نَسْتَحْسِنُ أَنْ لَا نُضَمِّنَهُ إذَا لم يَتَعَدَّ في الضَّرْبِ الْمُعْتَادَ وَالْكَبْحِ الْمُعْتَادَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن ضَرْبَ الدَّابَّةِ وَكَبْحَهَا مُعْتَادٌ مُتَعَارَفٌ وَالْمُعْتَادُ كَالْمَشْرُوطِ وَلَوْ شُرِطَ ذلك لَا يَضْمَنُ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الضَّرْبِ وَالْكَبْحِ غير مَأْذُونٌ فيه لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يُوجِبُ الْإِذْنَ بِذَلِكَ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ بِدُونِهِ فَصَارَ كما لو كان ذلك من أَجْنَبِيٍّ على أَنَّا إنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ مَأْذُونٌ فيه لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ مع كَوْنِهِ مُخَيَّرًا فيه فَأَشْبَهَ ضَرْبَهُ لِزَوْجَتِهِ وَدَعْوَى الْعُرْفِ في غَيْرِ الدَّابَّةِ الْمَمْلُوكَةِ مَمْنُوعَةٌ على أَنَّ كَوْنَهُ مَأْذُونًا فيه لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الضَّمَانِ إذَا كان بِشَرْطِ السَّلَامَةِ على ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الْخِلَافُ وهو سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ إذَا وَقَعَ غَصْبًا لِأَنَّ الْغَصْبَ سَبَبٌ

لِوُجُوبِ الضَّمَانِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْخِلَافَ قد يَكُونُ في الْجِنْسِ وقد يَكُونُ في الْقَدْرِ وقد يَكُونُ في الصِّفَةِ وقد يَكُونُ في الْمَكَانِ وقد يَكُونُ في الزَّمَانِ وَالْخِلَافُ من هذه الْوُجُوهِ قد يَكُونُ في اسْتِئْجَارِ الدَّوَابِّ وقد يَكُونُ في اسْتِئْجَارِ الصُّنَّاعِ كَالْحَائِكِ وَالصَّبَّاغِ وَالْخَيَّاطِ خَلَا الْمَكَانِ

أَمَّا اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ فَالْمُعْتَبَرُ في الْخِلَافِ فيه في الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ في اسْتِئْجَارِ الدَّوَابِّ ضَرَرُ الدَّابَّةِ فَإِنْ كان الْخِلَافُ فيه في الْجِنْسِ يُنْظَرُ إنْ كان ضَرَرُ الدَّابَّةِ فيه بِالْخِفَّةِ وَالثِّقَلِ يُعْتَبَرُ الْخِلَافُ فيه من جِهَةِ الْخِفَّةِ وَالثِّقَلِ فَإِنْ كان الضَّرَرُ في الثَّانِي أَكْثَرَ يَضْمَنُ كُلَّ الْقِيمَةِ إذَا عَطِبَتْ الدَّابَّةُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ غَاصِبًا لِكُلِّهَا وَإِنْ كان الضَّرَرُ في الثَّانِي مِثْلَ الضَّرَرِ في الْأَوَّلِ أو أَقَلَّ لَا يَضْمَنُ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالشَّيْءِ إذْنٌ بِمَا هو مِثْلُهُ أو دُونَهُ فَكَانَ مَأْذُونًا بِالِانْتِفَاعِ بِهِ من هذه الْجِهَةِ دَلَالَةً فَلَا يَضْمَنُ وَإِنْ كان ضَرَرُ الدَّابَّةِ فيه لَا من حَيْثُ الْخِفَّةُ وَالثِّقَلُ بَلْ من وَجْهٍ آخَرَ لَا يُعْتَبَرُ فيه الْخِلَافُ من حَيْثُ الْخِفَّةُ وَالثِّقَلُ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ من ذلك الْوَجْهِ لِأَنَّ ضَرَرَ الدَّابَّةِ من ذلك الْوَجْهِ وَإِنْ كان الْخِلَافُ في الْقَدْرِ وَالضَّرَرُ فيه من حَيْثُ الْخِفَّةُ وَالثِّقَلُ يُعْتَبَرُ الْخِلَافُ في ذلك الْقَدْرِ وَيَجِبُ الضَّمَانُ بِقَدْرِهِ لِأَنَّ الْغَصْبَ يَتَحَقَّقُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ وَإِنْ كان الضَّرَرُ فيه من جِهَةٍ أُخْرَى تُعْتَبَرُ تِلْكَ الْجِهَةُ في الضَّمَانِ لَا الْخِفَّةُ وَالثِّقَلُ وَإِنْ كان الْخِلَافُ في الصِّفَةِ وَضَرَرُ الدَّابَّةِ يَنْشَأُ منها يُعْتَبَرُ الْخِلَافُ فيها ويبني الضَّمَانُ عليها

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ شَعِيرٍ فَحَمَلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ حِنْطَةٍ فَعَطِبَتْ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا لِأَنَّ الْحِنْطَةَ أَثْقَلُ من الشَّعِيرِ وَلَيْسَ من جِنْسِهِ فلم يَكُنْ مَأْذُونًا فيه أَصْلًا فَصَارَ غَاصِبًا كُلَّ الدَّابَّةِ مُتَعَدِّيًا عليها فَيَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا وَلَا أَجْرَ عليه لِأَنَّ الْأَجْرَ مع الضَّمَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ لِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ لِصَيْرُورَتِهِ غَاصِبًا وَلَا أُجْرَةَ على الْغَاصِبِ على أَصْلِنَا وَلِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَذَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الْأُجْرَةِ عليه وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عليها حِنْطَةً فَحَمَلَ عليها مَكِيلًا آخَرَ ثِقَلُهُ كَثِقَلِ الْحِنْطَةِ وَضَرَرُهُ كَضَرَرِهَا فَعَطِبَتْ لَا يَضْمَنُ

وَكَذَلِكَ من اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَ فيها نَوْعًا سَمَّاهُ فَزَرَعَ غَيْرَهُ وَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ في الضَّرَرِ بِالْأَرْضِ وَكَذَلِكَ إنْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عليها قَفِيزًا من حِنْطَةٍ فَحَمَلَ عليها قَفِيزًا من شَعِيرٍ وَكَذَا إذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَ فيها نَوْعًا آخَرَ ضَرَرُهُ أَقَلُّ من ضَرَرِ الْمُسَمَّى وَهَذَا كُلُّهُ اسْتِحْسَانٌ وهو قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَضْمَنَ وهو قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ الْخِلَافَ قد تَحَقَّقَ فَتَحَقَّقَ الْغَصْبُ

وَلَنَا أَنَّ الْخِلَافَ إلَى مِثْلِهِ أو إلَى ما هو دُونَهُ في الضَّرَرِ لَا يَكُونُ خِلَافًا مَعْنًى لِأَنَّ الثَّانِيَ إذَا كان مثله في الضَّرَرِ كان الرِّضَا بِالْأَوَّلِ رِضًا بِالثَّانِي وإذا كان دُونَهُ في الضَّرَرِ فإذا رضي بِالْأَوَّلِ كان بِالثَّانِي أَرْضَى فَصَارَ كما لو اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عليها حِنْطَةَ نَفْسِهِ فَحَمَلَ عليها حِنْطَةَ غَيْرِهِ وَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ في الْكَيْلِ أو لِيَحْمِلَ عليها عَشَرَةً فَحَمَلَ عليها تِسْعَةً أَنَّهُ لَا يَصِيرُ مُخَالِفًا كَذَا هذا

وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ حِنْطَةً فَحَمَلَ عليها أَحَدَ عشرة (((عشر))) فَإِنْ سَلِمَتْ فَعَلَيْهِ ما سَمَّى من الْأُجْرَةِ وَلَا ضَمَانَ عليه وَإِنْ عَطِبَتْ ضَمِنَ جزأ من أَحَدَ عَشَرَ جزأ من قِيمَةِ الدَّابَّةِ وهو قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال زُفَرُ وابن أبي لَيْلَى يَضْمَنُ قِيمَةَ كل الدَّابَّةِ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِالزِّيَادَةِ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ عِلَّةَ التَّلَفِ

وَلَنَا أَنَّ تَلَفَ الدَّابَّةِ حَصَلَ بِالثِّقَلِ وَالثِّقَلُ بَعْضُهُ مَأْذُونٌ فيه وَبَعْضُهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فيه فَيُقَسَّمُ التَّلَفُ أَحَدَ عَشَرَ

جزأ فَيَضْمَنُ بِقَدْرِ ذلك
وَنَظِيرُ هذا ما قاله (((قال))) أَصْحَابُنَا في حَائِطٍ بين شَرِيكَيْنِ أَثْلَاثًا مَالَ إلَى الطَّرِيقِ فاشهد على أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَسَقَطَ الْحَائِطُ على رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَى الذي أُشْهِدَ عليه قَدْرُ نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ مَاتَ من ثِقَلِ الْحَائِطِ وَثِقَلُ الْحَائِطِ أَثْلَاثٌ كَذَا هذا وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عليه وهو حَمْلُ عَشَرَةِ مَخَاتِيمَ وَإِنَّمَا خَالَفَ في الزِّيَادَةِ وإنها اُسْتُوْفِيَتْ من غَيْرِ عَقْدٍ فَلَا أَجْرَ لها
وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً لِيَطْرَحَ فيها عَشَرَةَ أَكْرَارٍ فَطَرَحَ فيها أَحَدَ عَشَرَ فَغَرِقَتْ السَّفِينَةُ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعِنْدَ زُفَرَ وَابْنِ أبي لَيْلَى يَضْمَنُ قِيمَةَ كل السَّفِينَةِ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ فَهِيَ عِلَّةُ التَّلَفِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو لم يَزِدْ لَمَا حَصَلَ التَّلَفُ وَالْجَوَابُ أَنَّ هذا مَمْنُوعٌ بَلْ التَّلَفُ حَصَلَ بِالْكُلِّ أَلَا تَرَى أَنَّ الْكُرَّ الزَّائِدَ لو انْفَرَدَ لَمَا حَصَلَ بِهِ التَّلَفُ فَثَبَتَ أَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِالْكُلِّ وَالْبَعْضُ مَأْذُونٌ فيه وَالْبَعْضُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فيه فما هَلَكَ بِمَا هو مَأْذُونٌ فيه لَا ضَمَانَ عليه فيه وما هَلَكَ بِمَا هو غَيْرُ مَأْذُونٍ فيه فَفِيهِ الضَّمَانُ وَصَارَ كمسئلة (((كمسألة))) الْحَائِطِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها مِائَةَ رِطْلٍ من قُطْنٍ فَحَمَلَ عليها مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا أو أَقَلَّ من وَزْنِهِ فَعَطِبَتْ الدَّابَّةُ لَا يَضْمَنُ قميتها (((قيمتها))) لِأَنَّ ضَرَرَ الدَّابَّةِ هَهُنَا ليس لِلثِّقَلِ بَلْ لِلِانْبِسَاطِ وَالِاجْتِمَاعِ لِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْبَسِطُ على ظَهْرِ الدَّابَّةِ وَالْحَدِيدَ يَجْتَمِعُ في مَوْضِعٍ وَاحِدٍ فَيَكُونُ أَنْكَى لِظَهْرِ الدَّابَّةِ وَأَعْقَرَ لها فلم يَكُنْ مَأْذُونًا فيه فَصَارَ غَاصِبًا فَيَضْمَنُ وَلَا أُجْرَةَ عليه لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ إذَا استأجر (((استأجرها))) لِيُحَمِّلَهَا حِنْطَةً فَحَمَلَ عليها حَطَبًا أو خَشَبًا أو آجُرًّا أو حَدِيدًا أو حِجَارَةً أو نحو ذلك مِمَّا يَكُونُ أَنْكَى لِظَهْرِ الدَّابَّةِ أو أَعْقَرَ له حتى عَطِبَتْ يَضْمَنُ كُلَّ الْقِيمَةِ وَلَا أَجْرَ عليه لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَحَمَلَ عليها أو اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عليها فَرَكِبَهَا حتى عَطِبَتْ ضَمِنَ لِأَنَّ الْجِنْسَ قد اخْتَلَفَ وقد يَكُونُ الضَّرَرُ في أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْكَبَهَا من هو مِثْلُهُ في الثِّقَلِ أو أَخَفُّ منه ضَمِنَ لِأَنَّ الْخِلَافَ هَهُنَا ليس من جِهَةِ الْخِفَّةِ وَالثِّقَلِ بَلْ من حَيْثُ الخرق (((الحزق))) وَالْعِلْمُ فإن خَفِيفَ الْبَدَنِ إذَا لم يُحْسِنْ الرُّكُوبَ يَضُرُّ بِالدَّابَّةِ وَالثَّقِيلَ الذي يُحْسِنُ الرُّكُوبَ لَا يَضُرُّ بها فإذا عَطِبَتْ عُلِمَ أَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ من خرقه (((حزقه))) بِالرُّكُوبِ فَضَمِنَ وَلَا أَجْرَ عليه لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا بِنَفْسِهِ فَأَرْكَبَ معه غَيْرَهُ فَعَطِبَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ لِنِصْفِ قِيمَتِهَا وَلَا يُعْتَبَرُ الثِّقَلُ هَهُنَا لِأَنَّ تَلَفَ الدَّابَّةِ ليس من ثِقَلِ الرَّاكِبِ بَلْ من قِلَّةِ مَعْرِفَتِهِ بِالرُّكُوبِ فَصَارَ تَلَفُهَا بِرُكُوبِهَا بِمَنْزِلَةِ تَلَفِهَا بِجِرَاحَتِهَا وَرُكُوبُ أَحَدِهِمَا مَأْذُونٌ فيه وَرُكُوبُ الْآخَرِ غَيْرُ مَأْذُونٍ فيه فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا وَصَارَ كَحَائِطٍ بين شَرِيكَيْنِ أَثْلَاثًا أُشْهِدَ على أَحَدِهِمَا فَوَقَعَتْ منه آجُرَّةٌ فَقَتَلَتْ رَجُلًا فَعَلَى الذي أُشْهِدَ عليه نِصْفُ دِيَتِهِ وَإِنْ كان نَصِيبُهُ من الْحَائِطِ أَقَلَّ من النِّصْفِ لِأَنَّ التَّلَفَ ما حَصَلَ بِالثِّقَلِ بَلْ بِالْجُرْحِ وَالْجِرَاحَةُ الْيَسِيرَةُ كَالْكَثِيرَةِ في حُكْمِ الضَّمَانِ كَمَنْ جَرَحَ إنْسَانًا جِرَاحَةً وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَتَيْنِ فَمَاتَ من ذلك كان الضَّمَانُ عليها (((عليهما))) نِصْفَيْنِ كَذَا هَهُنَا وَعَلَيْهِ الْأُجْرَةُ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عليه وَزِيَادَةً على ذلك وهو إرْكَابُ الْغَيْرِ غير أَنَّ الزِّيَادَةَ اُسْتُوْفِيَتْ من

غَيْرِ عَقْدٍ فَلَا يَجِبُ بها الْأَجْرُ
هذا إذَا كانت الدَّابَّةُ تَطِيقُ اثْنَيْنِ فَإِنْ كانت لَا تَطِيقُهُمَا فَعَلَيْهِ جَمِيعُ قِيمَتِهَا لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا بِإِرْكَابِ غَيْرِهِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا بِإِكَافٍ فَنَزَعَهُ منه وَأَسْرَجَهُ فَعَطِبَ فَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ ضَرَرَ السَّرْجِ أَقَلُّ من ضَرَرِ الْإِكَافِ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ من ظَهْرِ الدَّابَّةِ أَقَلَّ مِمَّا يَأْخُذُ الْإِكَافُ وَلَوْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا بِسَرْجٍ فَنَزَعَ منه السَّرْجَ وَأَوْكَفَهُ فَعَطِبَ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَضْمَنُ قَدْرَ ما زَادَ الْإِكَافُ على السَّرْجِ ولم يذكر الإخلاف
(((الاختلاف))) وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَضْمَنُ كُلَّ الْقِيمَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِهِمَا يَضْمَنُ بِحِسَابِ الزِّيَادَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْإِكَافَ وَالسَّرْجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُرْكَبُ بِهِ عَادَةً وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ بِالثِّقَلِ وَالْخِفَّةِ لِأَنَّ الْإِكَافَ أَثْقَلُ فَيَضْمَنُ بِقَدْرِ الثِّقَلِ كما لو اسْتَأْجَرَهُ بِسَرْجٍ فَنَزَعَهُ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ آخَرَ أَثْقَلُ من الْأَوَّلِ فَعَطِبَ أَنَّهُ يَضْمَنُ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِكَافَ لَا يُخَالِفُ السَّرْجَ في الثِّقَلِ وَإِنَّمَا يُخَالِفُهُ من وَجْهٍ آخَرَ وهو أَنَّهُ يَأْخُذُ من ظَهْرِ الدَّابَّةِ أَكْثَرَ مِمَّا يَأْخُذُ السَّرْجُ وَلِأَنَّ الدَّابَّةَ التي لم تَأْلَفْ الْإِكَافَ يَضُرُّ بها الْإِكَافُ وَالْخِلَافُ إذَا لم يَكُنْ لِلثِّقَلِ يَجِبُ بِهِ جَمِيعُ الضَّمَانِ كما إذَا حَمَلَ مَكَانَ الْقُطْنِ الْحَدِيدَ وَنَحْوَ ذلك بِخِلَافِ ما إذَا بَدَّلَ السَّرْجَ بِسَرْجٍ أَثْقَلَ منه وَالْإِكَافُ بِإِكَافٍ أَثْقَلَ منه لِأنه التَّفَاوُتَ هُنَاكَ من نَاحِيَةِ الثِّقَلِ فَيَضْمَنُ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ كما في الزِّيَادَةِ على الْمُقَدَّرَاتِ من جِنْسِهَا على ما مَرَّ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا عَارِيًّا فَأَسْرَجَهُ ثُمَّ رَكِبَ

(4/214)

فَعَطِبَ كان ضَامِنًا لِأَنَّ السَّرْجَ أَثْقَلُ على الدَّابَّةِ وَقِيلَ هذا إذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَرْكَبَهُ في الْمِصْرِ وهو من عَرْضِ الناس مِمَّنْ يَرْكَبُ في الْمِصْرِ بِغَيْرِ سَرْجٍ فَأَمَّا إذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَرْكَبَهُ خَارِجَ الْمِصْرِ أو هو من ذَوِي الْهَيْئَاتِ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْحِمَارَ لَا يُرْكَبُ من بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ بِغَيْرِ سَرْجٍ وَلَا إكَافٍ وَكَذَا ذُو الْهَيْئَةِ فَكَانَ الْإِسْرَاجُ مَأْذُونًا فيه دَلَالَةً فَلَا يَضْمَنُ
وَإِنْ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا بِسَرْجٍ فَأَسْرَجَهُ بِغَيْرِهِ فَإِنْ كان سَرْجًا يُسْرَجُ بِمِثْلِه الْحُمُرُ فَلَا ضَمَانَ عليه وَإِنْ كان لَا يُسْرَجُ بمثله الْحُمُرُ فَهُوَ ضَامِنٌ لِأَنَّ الثَّانِيَ إذَا كان مِمَّا يُسْرَجُ بِهِ الْحُمُرُ لَا يَتَفَاوَتَانِ في الضَّرَرِ فَكَانَ الْإِذْنُ بِأَحَدِهِمَا إذْنًا بِالْآخَرِ دَلَالَةً وإذا كان مما لَا يُسْرَجُ بمثله الْحُمُرُ بِأَنْ كان سَرْجًا كَبِيرًا كَسُرُوجِ الْبَرَاذِينِ كان ضَرَرُهُ أَكْثَرَ فَكَانَ إتْلَافًا لِلدَّابَّةِ فَيَضْمَنُ
وَكَذَلِكَ إنْ لم يَكُنْ عليه لِجَامٌ فَأَلْجَمَهُ فَلَا ضَمَانَ عليه إذَا كان مِثْلُهُ يُلْجَمُ بِمِثْلِ ذلك اللِّجَامِ وَكَذَلِكَ إنْ أَبْدَلَهُ لِأَنَّ الْحِمَارَ لَا يَتْلَفُ بِأَصْلِ اللِّجَامِ فإذا كان الْحِمَارُ قد يُلْجَمُ بمثله أو أَبْدَلَهُ بمثله لم يُوجَدْ منه الْإِتْلَافُ وَلَا الْخِلَافُ فَلَا يَضْمَنُ
وَأَمَّا الْخِلَافُ في الْمَكَانِ فَنَحْوُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ أو لِلْحَمْلِ إلَى مَكَان مَعْلُومٍ فَجَاوَزَ ذلك الْمَكَانَ وَحُكْمُهُ أَنَّهُ كما جَاوَزَ الْمَكَانَ الْمَعْلُومَ دخل الْمُسْتَأْجِرُ في ضَمَانِهِ حتى لو عَطِبَ قبل الْعَوْدِ إلَى الْمَكَانِ الْمَأْذُونِ فيه يَضْمَنُ كُلَّ الْقِيمَةِ وَلَوْ عَادَ إلَى الْمَكَانِ الْمَأْذُونِ فيه هل يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ كان أبو حَنِيفَةَ أَوَّلًا يقول يَبْرَأُ كَالْمُودَعِ إذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ وهو قَوْلُ زُفَرَ

وَعِيسَى بن أَبَانَ من أَصْحَابِنَا ثُمَّ رَجَعَ وقال لَا يَبْرَأُ حتى يُسَلِّمَهَا إلَى صَاحِبِهَا سَلِيمَةً وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ الشَّيْءَ أَمَانَةٌ في يَدِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ في يَدِهِ قبل الْخِلَافِ لَا ضَمَانَ عليه فَكَانَتْ يَدُهُ يَدَ الْمَالِكِ فَالْهَلَاكُ في يَدِهِ كَالْهَلَاكِ في يَدِ الْمَالِكِ فَأَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ وَلِهَذَا لو هَلَكَ في يَدِهِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ بَعْدَ الْهَلَاكِ وَضَمِنَهُ الْمُسْتَحِقُّ يَرْجِعُ على الْمُؤَاجِرِ كَالْمُودِعِ سَوَاءٌ بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ فإنه لَا يَرْجِعُ
وَجْهُ قَوْلِهِ الْآخَرِ أن يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ يَدُ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ قَبَضَ الشَّيْءَ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ فَكَانَتْ يَدُهُ يَدَ نَفْسِهِ لَا يَدَ الْمُؤَاجِرِ وَكَذَا يَدُ الْمُسْتَعِيرِ لِمَا قُلْنَا وإذا كانت يَدُهُ يَدَ نَفْسِهِ فإذا ضَمِنَ بِالتَّعَدِّي لَا يَبْرَأُ من ضَمَانِهِ إلَّا بِرَدِّهِ إلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لَا تَكُونُ الْإِعَادَةُ إلَى الْمَكَانِ الْمَأْذُونِ فيه رَدًّا إلَى يَدِ نَائِبِ الْمَالِكِ فَلَا يَبْرَأُ من الضَّمَانِ بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ يَدُ الْمَالِكِ لَا يَدُ نَفْسِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بالوديعة فَكَانَ الْعَوْدُ إلَى الْوِفَاقِ رَدًّا إلَى يَدِ نَائِبِ الْمَالِكِ فَكَانَ رَدًّا إلَى الْمَالِكِ مَعْنًى فَهُوَ الْفَرْقُ
وَأَمَّا الرُّجُوعُ على الْمُؤَاجِرِ بِالضَّمَانِ فَلَيْسَ ذلك لِكَوْنِ يَدِهِ يَدَ المؤجر
(((المؤاجر))) بَلْ لِأَنَّهُ صَارَ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ كَالْمُشْتَرِي إذَا اُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ من يَدِهِ إنه يَرْجِعُ على الْبَائِعِ بِسَبَبِ الْغُرُورِ كَذَا هذا
وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا إلَى مَكَان عَيَّنَهُ فَرَكِبَهَا إلَى مَكَان آخَرَ يَضْمَنُ إذَا هَلَكَتْ وَإِنْ كان الثَّانِي أَقْرَبَ من الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ صَارَ مُخَالِفًا لِاخْتِلَافِ الطُّرُقِ إلَى الْأَمَاكِنِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَلَا أُجْرَةَ عليه لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ رَكِبَهَا إلَى ذلك الْمَكَانِ الذي عَيَّنَهُ لَكِنْ من طَرِيقٍ آخَرَ يُنْظَرُ إنْ كان الناس يَسْلُكُونَ ذلك الطَّرِيقَ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ لم يَصِرْ مُخَالِفًا وَإِنْ كَانُوا لَا يَسْلُكُونَهُ يَضْمَنُ إذَا هَلَكَتْ لِصَيْرُورَتِهِ مُخَالِفًا غَاصِبًا بِسُلُوكِهِ وَإِنْ لم تَهْلَكْ وَبَلَغَ الْمَوْضِعَ الْمَعْلُومَ ثُمَّ رَجَعَ وسلم الدَّابَّةَ إلَى صَاحِبِهَا فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا أو لِيَحْمِلَ عليها إلَى مَكَان مَعْلُومٍ فَذَهَبَ بها ولم يَرْكَبْهَا ولم يَحْمِلْ عليها شيئا فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ لِأَنَّهُ سَلَّمَ الْمَنَافِعَ إلَيْهِ بِتَسْلِيمِ مَحَلِّهَا إلَى الْمَكَانِ الْمَعْلُومِ فَصَارَ كما لو اسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَهَا فَسَلَّمَ الْمِفْتَاحَ إلَيْهِ فلم يَسْكُنْ حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ أَنَّهُ يَجِبُ الْأُجْرَةُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلَوْ أَمْسَكَ الدَّابَّةَ في الْمَوْضِعِ الذي اسْتَأْجَرَهَا ولم يَذْهَبْ بها إلَى الْمَوْضِعِ الذي اسْتَأْجَرَهَا إلَيْهِ فَإِنْ أَمْسَكَهَا على قَدْرِ ما يُمْسِكُ الناس إلَى أَنْ يَرْتَحِلَ فَهَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ حَبْسَ الدَّابَّةِ ذلك الْقَدْرِ مُسْتَثْنًى عَادَةً فَكَانَ مَأْذُونًا فيه دَلَالَةً وَإِنْ حَبَسَ مِقْدَارَ ما لَا يَحْبِسُ الناس مثله يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةً فَعَطِبَ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ خَالَفَ في الْمَكَانِ بِالْإِمْسَاكِ الْخَارِجِ عن الْعَادَةِ فَصَارَ غَاصِبًا فَيَضْمَنُ إذَا هَلَكَ وَلَا أُجْرَةَ عليه لِمَا قُلْنَا
وَإِنْ لم تَهْلَكْ فَأَمْسَكَهَا في بَيْتِهِ فَلَا أَجْرَ عليه لِمَا مَرَّ أَنَّ الْأَجْرَ بِمُقَابَلَةِ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ في جَمِيعِ الطَّرِيقِ ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَأْجَرَهَا عَشَرَةَ أَيَّامٍ لِيَرْكَبَهَا فَحَبَسَهَا ولم يَرْكَبْهَا حتى رَدَّهَا يوم الْعَاشِرِ إن عليه الْأُجْرَةَ وَيَسَعُ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَ الْكِرَاءَ وَإِنْ كان يَعْلَمُ أَنَّهُ لم يَرْكَبْهَا لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْأُجْرَةِ في الْإِجَارَاتِ على الْوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ في الْوَقْتِ وقد وُجِدَ فَتَجِبُ الْأُجْرَةُ كما في إجَارَةِ الدَّارِ وَنَحْوِهَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ على الْمَسَافَةِ فإن الِاسْتِحْقَاقَ هُنَاكَ بِالتَّسْلِيمِ

فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ ولم يُوجَدْ فَلَا يَجِبُ
وَأَمَّا الْخِلَافُ في الزَّمَانِ فَنَحْوُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا أو يَحْمِلَ عليها مُدَّةً مَعْلُومَةً فَانْتَفَعَ بها زِيَادَةً على الْمُدَّةِ فَعَطِبَتْ في يَدِهِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالِانْتِفَاعِ بها فِيمَا وَرَاءَ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ
وَأَمَّا اسْتِئْجَارُ الصُّنَّاعِ من الْحَائِكِ وَالْخَيَّاطِ وَالصَّبَّاغِ وَنَحْوِهِمْ فَالْخِلَافُ إنْ كان في الْجِنْسِ بِأَنْ دَفَعَ ثَوْبًا إلَى صَبَّاغٍ لِيَصْبُغَهُ لَوْنًا فَصَبَغَهُ لَوْنًا آخَرَ فَصَاحِبُ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ وسلم الثَّوْبَ لِلْأَجِيرِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ ما زال (((زاد))) الصِّبْغُ فيه إنْ كان الصِّبْغُ مِمَّا يَزِيدُ أَمَّا خِيَارُ التَّضْمِينِ فَلِفَوَاتِ غَرَضِهِ لِأَنَّ الْأَغْرَاضَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَلْوَانِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ لِتَفْوِيتِهِ عليه مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً فَصَارَ مُتْلِفًا الثَّوْبَ عليه فَكَانَ له أَنْ يُضَمِّنَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ لِأَنَّ الضَّمَانَ وَجَبَ حَقًّا له فَلَهُ أَنْ يُسْقِطَ حَقَّهُ وَلَا أَجْرَ له لِأَنَّهُ لم يَأْتِ بِمَا وَقَعَ عليه الْعَقْدُ رَأْسًا حَيْثُ لم يُوَفِّ الْعَمَلَ الْمَأْذُونَ فيه أَصْلًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ كَالْغَاصِبِ إذَا صَبَغَ الثَّوْبَ الْمَغْصُوبَ وَيُعْطِيهِ ما زَادَ البصغ (((الصبغ))) فيه إنْ كان الصِّبْغُ مِمَّا يَزِيدُ كَالْحُمْرَةِ وَالصُّفْرَةِ وَنَحْوِهِمَا لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ بِالثَّوْبِ فَلَا سَبِيلَ إلَى أَخْذِهِ مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ فَيَأْخُذُهُ وَيُعْطِيهِ ما زَادَ الصِّبْغُ فيه رِعَايَةً لِلْحَقَّيْنِ وَنَظَرًا من الْجَانِبَيْنِ كَالْغَاصِبِ
وَإِنْ كان الصِّبْغُ مِمَّا لَا يَزِيدُ كَالسَّوَادِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَاخْتَارَ أَخْذَ الثَّوْبِ لَا يُعْطِيهِ شيئا بَلْ يُضَمِّنُهُ نُقْصَانَ الثَّوْبِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ بِنَاءً على أَنَّ السَّوَادَ لَا قِيمَةَ له عِنْدَهُ فَلَا يَزِيدُ بَلْ يَنْقُصُ وَعِنْدَهُمَا له قِيمَةٌ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الْأَلْوَانِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً فَزَرَعَهَا رَطْبَةً ضَمِنَ ما نَقَصَهَا لِأَنَّ الرَّطْبَةَ مع الزَّرْعِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ إذْ الرَّطْبَةُ لَيْسَتْ لها نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ بِخِلَافِ الزَّرْعِ وَكَذَا الرَّطْبَةُ تَضُرُّ بِالْأَرْضِ ما لَا يَضُرُّهَا الزَّرْعُ فَصَارَ بِالِاشْتِغَالِ بِزِرَاعَةِ الرَّطْبَةِ غَاصِبًا إيَّاهَا بَلْ مُتْلِفًا وَلَا أَجْرَ له لِأَنَّ الْأَجْرَ مع الضَّمَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ
وقال هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ أَمَرَ إنْسَانًا أَنْ يَنْقُشَ في فِصَّةٍ اسْمَهُ فَنَقَشَ اسْمَ غَيْرِهِ أَنَّهُ يَضْمَنُ الْخَاتَمَ لِأَنَّهُ فَوَّتَ الْغَرَضَ الْمَطْلُوبَ من الْخَاتَمِ وهو الْخَتْمُ بِهِ فَصَارَ كالتلف (((كالمتلف))) إيَّاهُ
قال وإذا أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يخمر (((يحمر))) له بَيْتًا فَخَضَّرَهُ
قال مُحَمَّدٌ أَعْطِيهِ ما زَادَتْ الْخُضْرَةُ فيه وَلَا أُجْرَةَ له لِأَنَّهُ لم يَعْمَلْ ما اسْتَأْجَرَهُ عليه رَأْسًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ وَلَكِنْ يَسْتَحِقُّ قِيمَةَ الصِّبْغِ الذي زَادَ في الْبَيْتِ لِمَا مَرَّ
وَلَوْ دَفَعَ إلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ ما سمى لِأَنَّ الْقَبَاءَ وَالْقَمِيصَ مُخْتَلِفَانِ في الِانْتِفَاعِ فَصَارَ مُفَوِّتًا مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً فَصَارَ مُتْلِفًا الثَّوْبَ عليه فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُعْطِيَهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لِمَا قُلْنَا
وإذا كان الْخِلَافُ في الصِّفَةِ نحو أَنْ دَفَعَ إلَى صَبَّاغٍ ثَوْبًا لِيَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ مُسَمًّى فَصَبَغَهُ بِصَبْغٍ آخَرَ لَكِنَّهُ من جِنْسِ ذلك اللَّوْنِ فصاحب (((فلصاحب))) الثَّوْبِ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ أَبْيَضَ وَيُسَلِّمَ إلَيْهِ الثَّوْبَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ ما سمى
أَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ فَلِمَا ذَكَرْنَا من الْخِلَافِ في الْجِنْسِ وَإِنَّمَا وَجَبَ الْأَجْرُ هَهُنَا لِأَنَّ الْخِلَافَ في الصِّفَةِ لَا يُخْرِجُ الْعَمَلَ من أَنْ يَكُونَ مَعْقُودًا عليه فَقَدْ أتى بِأَصْلِ

الْمَعْقُودِ عليه إلَّا أَنَّهُ لم يَأْتِ بِوَصْفِهِ فَمِنْ حَيْثُ إنَّهُ لم يَأْتِ بِوَصْفِهِ الْمَأْذُونِ فيه لم يَجِبْ الْمُسَمَّى
وَمِنْ حَيْثُ إنَّهُ أتى بِالْأَصْلِ وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى لِأَنَّ هذا شَأْنُ أَجْرِ الْمِثْلِ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَرَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ دَفَعَ إلَى رَجُلٍ شَبَهًا لِيَضْرِبَ له طَشْتًا مَوْصُوفًا مَعْرُوفًا فَضَرَبَ له كُوزًا
قال إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ شَبَهِهِ وَيَصِيرُ الْكُوزُ لِلْعَامِلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وأعطاه (((أعطاه))) أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ ما سمى لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على الضَّرْبِ وَالصِّنَاعَةِ صِفَةً فَقَدْ فَعَلَ الْمَعْقُودَ عليه بِأَصْلِهِ وَخَالَفَ في وَصْفِهِ فَيَثْبُتُ لِلْمُسْتَعْمِلِ الْخِيَارُ
وَعَلَى هذا إذَا دَفَعَ إلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَحُوكَ له ثَوْبًا صَفِيقًا فَحَاكَ له ثَوْبًا رَقِيقًا أو شَرَطَ عليه أَنْ يَحُوكَ له ثَوْبًا رَقِيقًا فَحَاكَهُ صَفِيقًا أن صَاحِبَ الْغَزْلِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ غَزْلَهُ
وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ مِثْلَ أَجْرِ عَمَلِهِ لَا يُجَاوِزُ ما سمى
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا دَفَعَ خُفَّهُ إلَى خَفَّافٍ لِيُنَعِّلَهُ فَأَنْعَلَهُ بِنَعْلٍ لَا يُنَعِّلُ بِمِثْلِه الْخَفَّافُ فَصَاحِبُ الْخُفِّ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ خُفَّهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ في عَمَلِهِ وَقِيمَةَ النَّعْلِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ ما سمى وَإِنْ كان يُنَعِّلُ بمثله الْخَفَّافُ فَهُوَ جَائِزٌ وَإِنْ لم يَكُنْ جَيِّدًا
وَأَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ إذَا أَنْعَلَهُ بِمَا لَا يُنَعِّلُ بمثله الْخَفَّافُ فَلِأَنَّهُ لم يَأْتِ بِالْمَأْمُورِ بِهِ رَأْسًا بَلْ أتى بِالْمَأْمُورِ بِهِ ابْتِدَاءً فَصَارَ كَالْغَاصِبِ إذَا أَنْعَلَ الْخُفَّ

الْمَغْصُوبَ فَكَانَ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ كَالْغَاصِبِ وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْخُفَّ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّضْمِينِ تَثْبُتُ لِحَقِّ الْمَالِكِ فإن (((فإذا))) رضي بِالْأَخْذِ كان له ذلك وإذا أَخَذَ أَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ في الْعَمَلِ وقد أتى بِأَصْلِ الْعَمَلِ وَإِنَّمَا خَالَفَ في الصِّفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَهُ وَيُعْطِيَهُ أَجْرَ الْمِثْلِ وَلَا يُعْطِيَهُ الْمُسَمَّى لِأَنَّ ذلك بِمُقَابَلَةِ عَمَلٍ مَوْصُوفٍ ولم يَأْتِ بِالصِّفَةِ وَيُعْطِيَهُ ما زَادَ النَّعْلَ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ لِلْخَفَّافِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الصِّبْغِ في الثَّوْبِ وَإِنَّمَا جُعِلَ الْخِيَارُ في هذه الْمَسَائِلِ إلَى صَاحِبِ الْخُفِّ وَالثَّوْبِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ مَتْبُوعٍ وَالنَّعْلُ وَالصِّبْغُ تَبَعٌ فَكَانَ إثْبَاتُ الْخِيَارِ لِصَاحِبِ الْأَصْلِ أَوْلَى وَإِنْ كان يَفْعَلُ بمثله الْخَفَّافُ فَهُوَ جَائِزٌ وَإِنْ لم يَكُنْ جَيِّدًا لِأَنَّ الْإِذْنَ يَتَنَاوَلُ أَدْنَى ما يَقَعُ عليه الِاسْمُ وقد وُجِدَ وَلَوْ شَرَطَ عليه جَيِّدًا فَأَنْعَلَهُ بِغَيْرِ جَيِّدٍ فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الْخُفِّ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْخُفَّ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ وَقِيمَةَ ما زَادَ فيه وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ ما سمى لِأَنَّ الردىء (((الرديء))) من جِنْسِ الْجَيِّدِ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَشْرُوطِ
وَإِنْ كان الْخِلَافُ في الْقَدْرِ نحو ما ذَكَرَ محمد في الْأَصْلِ في رَجُلٍ دَفَعَ غَزْلًا إلَى حَائِكٍ يَنْسِجُهُ له سَبْعًا في أَرْبَعٍ فَخَالَفَ بِالزِّيَادَةِ أو بِالنُّقْصَانِ فَإِنْ خَالَفَ بِالزِّيَادَةِ على الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ فإن الرَّجُلَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ غَزْلِهِ وسلم الثَّوْبَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى
أَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ فَلِأَنَّهُ لم يَحْصُلْ له غَرَضُهُ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ في قَدْرِ الذِّرَاعِ تُوجِبُ

نُقْصَانًا في الصِّفَةِ وَهِيَ الصَّفَاقَةُ فَيَفُوتُ غَرَضُهُ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ غَزْلِهِ لِتَعَدِّيهِ عليه بِتَفْوِيتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ الذي سَمَّاهُ لِأَنَّهُ أتى بِأَصْلِ الْعَمَلِ الذي هو مَعْقُودٌ عليه وَإِنَّمَا خَالَفَ في الصِّفَةِ وَالْخِلَافُ في صِفَةِ الْعَمَلِ لَا يُخْرِجُ الْعَمَلَ من أَنْ يَكُونَ مَعْقُودًا عليه كَمَنْ اشْتَرَى شيئا فَوَجَدَهُ مَعِيبًا حتى كان له أَنْ يَأْخُذَهُ مع الْعَيْبِ وَإِنْ كان الْخِلَافُ في النُّقْصَانِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ له أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُعْطِيَهُ من الْأَجْرِ بِحِسَابِهِ وَذَكَرَ في رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّ عليه أَجْرَ الْمِثْلِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَمَّا نَقَصَ في الْقَدْرِ فَقَدْ فَوَّتَ الْغَرَضَ الْمَطْلُوبَ من الثَّوْبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ عَمِلَ بِحُكْمِ إجَارَةٍ فَاسِدَةٍ ليس فيها أَجْرٌ مُسَمًّى

وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على عَمَلٍ مُقَدَّرٍ ولم يَأْتِ بِالْمُقَدَّرِ فَصَارَ كما لو عَقَدَ على نَقْلِ كُرٍّ من طَعَامٍ إلَى مَوْضِعٍ كَذَا بِدِرْهَمٍ فَنَقَلَ بَعْضَهُ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ من الْأَجْرِ بِحِسَابِهِ فَكَذَا هَهُنَا

وَإِنْ أَوْفَاهُ الْوَصْفَ وهو الصَّفَاقَةُ وَالذِّرَاعُ وزاد فيه فَقَدْ رَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ غَزْلِهِ وَصَارَ الثَّوْبُ لِلصَّانِعِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ الْمُسَمَّى وَلَا يَزِيدُ لِلذِّرَاعِ الزَّائِدِ شيئا أَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ فَلِتَغَيُّرِ الصِّفَةِ إذْ الْإِنْسَانُ قد يَحْتَاجُ إلَى الثَّوْبِ الْقَصِيرِ وَلَا يَحْتَاجُ إلَى الطَّوِيلِ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ وَلِأَنَّهُ إذَا زَادَ في طُولِهِ فَقَدْ اسْتَكْثَرَ من الْغَزْلِ فَإِنْ أَخَذَهُ فَلَا أَجْرَ له في الزِّيَادَةِ لِأَنَّهُ مَقْطُوعٌ فيها حَيْثُ عَمِلَهَا بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِ الثَّوْبِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ عليها

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا أَعْطَى صَبَّاغًا ثَوْبًا لِيَصْبُغَهُ بِعُصْفُرٍ رُبُعِ الْهَاشِمِيِّ بِدِرْهَمٍ فَصَبَغَهُ بِقَفِيزِ عُصْفُرٍ وَأَقَرَّ رَبُّ الثَّوْبِ بِذَلِكَ فإن رَبَّ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ ما زَادَ الْعُصْفُرُ فيه مع الْأَجْرِ وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ مَشَايِخَنَا ذَكَرُوا تَفْصِيلًا فَقَالُوا إنَّ هذا على وَجْهَيْنِ إنْ كان صَبَغَهُ أَوَّلًا بِرُبُعِ الْهَاشِمِيِّ

ثُمَّ صَبَغَهُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْقَفِيزِ فَصَاحِبُ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى وما زَادَ لِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْقَفِيزِ في الثَّوْبِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَهُ بِالصِّبْغِ الْمَأْذُونِ فيه أَوَّلًا وهو رُبُعُ الْهَاشِمِيِّ فَقَدْ أوفى

(((أوفاه))) الْمَعْقُودَ عليه وَصَارَ مُتَعَدِّيًا بِالصِّبْغِ الثَّانِي كَأَنَّهُ غَصَبَ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِالرُّبُعِ ثُمَّ صَبَغَهُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ الْمُسَمَّى لِأَنَّهُ سَلَّمَ له الصِّبْغَ الْمَعْقُودَ عليه فَيَلْزَمُهُ الْمُسَمَّى وَيُعْطِيهِ ما زَادَ الصِّبْغُ الثَّانِي فيه لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمَةٌ لِلصَّبَّاغِ في الثَّوْبِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا بِرُبُعِ الْقَفِيزِ وَوَجَبَ له الْأَجْرُ لِأَنَّ الصِّبْغَ في حُكْمِ الْمَقْبُوضِ من وَجْهٍ لِحُصُولِهِ في ثَوْبِهِ لَكِنْ يُكْمِلُ الْقَبْضَ فيه لِأَنَّهُ لم يَصِلْ إلَى يَدِهِ فَكَانَ مَقْبُوضًا من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَكَانَ له فَسْخُ الْقَبْضِ لِتَغَيُّرِ الصِّفَةِ الْمَقْصُودَةِ وَلَهُ أَنْ يَضْمَنَهُ وَيَضْمَنَ الْأَجْرَ

وَإِنْ كان صَبَغَهُ ابْتِدَاءً بِقَفِيزٍ فَلَهُ ما زَادَ الصِّبْغُ وَلَا أَجْرَ له لِأَنَّهُ لم يُوفِ بِالْعَمَلِ الْمَأْذُونِ فيه فلم يَعْمَلْ الْمَعْقُودَ عليه فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ غَصَبَ ثَوْبًا وَصَبَغَهُ بِعُصْفُرٍ وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ خِلَافَ ذلك وهو أَنَّ له أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ وَيَغْرَمَ الْأَجْرَ وما زَادَ الْعُصْفُرُ فيه مُجْتَمِعًا كان أو مُتَفَرِّقًا لِأَنَّ الصِّبْغَ لَا يَتَشَرَّبُ

في الثَّوْبِ دُفْعَةً وَاحِدَةً بَلْ شيئا فَشَيْئًا فَيَسْتَوِي فيه الِاجْتِمَاعُ وَالِافْتِرَاقُ
وَأَمَّا الْإِجَارَةُ الْفَاسِدَةُ وَهِيَ التي فَاتَهَا شَرْطٌ من شُرُوطِ الصِّحَّةِ فَحُكْمُهَا الْأَصْلِيُّ هو ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُؤَاجِرِ في أَجْرِ الْمِثْلِ لَا في الْمُسَمَّى بِمُقَابَلَةِ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ الْمَمْلُوكَةِ مِلْكًا فَاسِدًا لِأَنَّ الْمُؤَاجِرَ لم يَرْضَ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ إلَّا بِبَدَلٍ وَلَا وَجْهَ إلَى إيجَابِ الْمُسَمَّى لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ وَلِأَنَّ الْمُوجَبَ الْأَصْلِيَّ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ هو الْقِيمَةُ لِأَنَّ مَبْنَاهَا على الْمُعَادَلَةِ وَالْقِيمَةُ هِيَ الْعَدْلُ إلَّا أنها مَجْهُولَةٌ لِأَنَّهَا تُعْرَفُ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ وَتَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُقَوِّمِينَ فَيُعْدَلُ منها إلَى الْمُسَمَّى عِنْدَ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ فإذا فَسَدَتْ وَجَبَ الْمَصِيرُ إلَى الْمُوجَبِ الْأَصْلِيِّ وهو أَجْرُ الْمِثْلِ هَهُنَا لِأَنَّهُ قِيمَةُ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَوْفَاةِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُزَادُ على الْمُسَمَّى في عَقْدٍ فيه تَسْمِيَةٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ

وَعِنْدَ زُفَرَ يُزَادُ وَيَجِبُ بَالِغًا ما بَلَغَ بِنَاءً على أَنَّ الْمَنَافِعَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ شَرْعًا بِأَنْفُسِهَا وَإِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ بِتَقْوِيمِ الْعَاقِدَيْنِ وَالْعَاقِدَانِ ما قَوَّمَاهَا إلَّا بِالْقَدْرِ الْمُسَمَّى فَلَوْ وَجَبَتْ الزِّيَادَةُ على الْمُسَمَّى لَوَجَبَتْ بِلَا عَقْدٍ وَإِنَّهَا لَا تَتَقَوَّمُ بِلَا عَقْدٍ بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فإن الْمَبِيعَ بَيْعًا فَاسِدًا مَضْمُونٌ بِقِيمَتِهِ بَالِغًا ما بَلَغَ لِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَاكَ بِمُقَابَلَةِ الْعَيْنِ وَالْأَعْيَانُ مُتَقَوِّمَةٌ بِأَنْفُسِهَا فَوَجَبَ كُلُّ قِيمَتِهَا وفي قَوْلِ زُفَرَ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ هِيَ مُتَقَوِّمَةٌ بِأَنْفُسِهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ فَكَانَتْ مَضْمُونَةً بِجَمِيعِ قِيمَتِهَا كَالْأَعْيَانِ

هذا إذَا كان في الْعَقْدِ تَسْمِيَةٌ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ فيه تَسْمِيَةٌ فإنه يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا ما بَلَغَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ فيه تَسْمِيَةُ الْأَجْرِ لَا يُرْضَى بِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ من غَيْرِ بَدَلٍ كان ذلك تَمْلِيكًا بِالْقِيمَةِ التي هِيَ الْمُوجَبُ الْأَصْلِيُّ دَلَالَةً فَكَانَ تَقْوِيمًا لِلْمَنَافِعِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إذْ هو قِيمَةُ الْمَنَافِعِ في الْحَقِيقَةِ وَلَا يَثْبُتُ في هذه الْإِجَارَةِ شَيْءٌ من الْأَحْكَامِ التي هِيَ من التَّوَابِعِ إلَّا ما يَتَعَلَّقُ بِصِفَةِ الْمُسْتَأْجِرِ له فيه وَهِيَ كَوْنُهُ أَمَانَةً في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ حتى لو هَلَكَ لَا يَضْمَنُ الْمُسْتَأْجِرُ لِحُصُولِ الْهَلَاكِ في قَبْضٍ مَأْذُونٍ فيه من قِبَلِ الْمُؤَاجِرِ

وَأَمَّا الْإِجَارَةُ الْبَاطِلَةُ وَهِيَ التي فَاتَهَا شَرْطٌ من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ فَلَا حُكْمَ لها رَأْسًا لِأَنَّ ما لَا يَنْعَقِدُ فَوُجُودُهُ في حَقِّ الْحُكْمِ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وهو تَفْسِيرُ الْبَاطِلِ من التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ اخْتِلَافِ الْعَاقِدَيْنِ في عَقْدِ الْإِجَارَةِ فَإِنْ اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الْبَدَلِ أو الْمُبْدَلِ وَالْإِجَارَةُ وَقَعَتْ صَحِيحَةً يُنْظَرُ إنْ كان اخْتِلَافُهُمَا قبل اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ تَحَالَفَا لِقَوْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَالْإِجَارَةُ نَوْعُ بَيْعٍ فَيَتَنَاوَلُهَا الْحَدِيثُ

وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى وَهِيَ قَوْلُهُ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا يَتَنَاوَلُ بَعْضَ أَنْوَاعِ الْإِجَارَةِ وهو ما إذَا بَاعَ عَيْنًا بِمَنْفَعَةٍ وَاخْتَلَفَا فيها وإذا ثَبَتَ التَّحَالُفُ في نَوْعٍ بِالْحَدِيثِ ثَبَتَ في الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا بِنَتِيجَةِ الْإِجْمَاعِ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا وَلِأَنَّ التَّحَالُفَ قبل اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ مُوَافِقٌ الْأُصُولَ لِأَنَّ الْيَمِينَ في أُصُولِ الشَّرْعِ على الْمُنْكِرِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكِرٌ من وَجْهٍ وَمُدَّعٍ من وَجْهٍ لِأَنَّ الْمُؤَاجِرَ يَدَّعِي على الْمُسْتَأْجِرِ زِيَادَةَ الْأُجْرَةِ وَالْمُسْتَأْجِرُ مُنْكِرٌ وَالْمُسْتَأْجِرُ يَدَّعِي على الْمُؤَاجِرِ وُجُوبَ تَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ بِمَا يَدَّعِي من الْأُجْرَةِ وَالْمُؤَاجِرُ يُنْكِرُ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكِرًا من وَجْهٍ وَالْيَمِينُ وَظِيفَةُ الْمُنْكِرِ في أُصُولِ الشَّرْعِ وَلِهَذَا جَرَى التَّحَالُفُ قبل الْقَبْضِ فَبَيْعُ الْعَيْنِ وَالتَّحَالُفُ هَهُنَا قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا قبل اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ثُمَّ إنْ كان الِاخْتِلَافُ في قَدْرِ الْبَدَلِ يُبْدَأُ بِيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وُجُوبَ الْأُجْرَةِ الزَّائِدَةِ وَإِنْ كان في قَدْرِ الْمُبْدَلِ يُبْدَأُ

بِيَمِينِ الْمُؤَاجِرِ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وُجُوبَ تَسْلِيمِ زِيَادَةِ الْمَنْفَعَةِ
وإذا تَحَالَفَا تُفْسَخُ الْإِجَارَةُ وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ لِأَنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ أو إقْرَارٌ وَالْبَدَلَ وَالْمُبْدَلَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْتَمِلُ الْبَذْلَ وَالْإِقْرَارَ وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ يقضي بِبَيِّنَتِهِ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَا تُقَابِلُ الْحُجَّةَ
وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ في الْبَدَلِ فَبَيِّنَةُ الْمُؤَاجِرِ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ الْأُجْرَةِ وَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ في الْمُبْدَلِ فَبَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ الْمَنْفَعَةِ فَإِنْ ادَّعَى الْمُؤَاجِرُ فَضْلًا فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ من الْأَجْرِ وَادَّعَى الْمُسْتَأْجِرُ فَضْلًا فِيمَا يَسْتَحِقُّ من الْمَنْفَعَةِ بِأَنْ قال الْمُؤَاجِرُ أَجَرْتُك هذه الدَّابَّةَ إلَى الْقَصْرِ بِعَشَرَةٍ وقال الْمُسْتَأْجِرُ إلَى الْكُوفَةِ بِخَمْسَةٍ أو قال الْمُؤَاجِرُ أَجَّرْتُكَ شَهْرًا بِعَشَرَةٍ وقال الْمُسْتَأْجِرُ شهرين (((لشهرين))) بِخَمْسَةٍ فَالْأَمْرُ في التَّحَالُفِ وَالنُّكُولِ وَإِقَامَةِ أَحَدِهِمَا الْبَيِّنَةَ على ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْفِعْلِ الذي يَسْتَحِقُّهُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ فَيَكُونُ إلَى الْكُوفَةِ بِعَشَرَةٍ وَشَهْرَيْنِ بِعَشَرَةٍ لِأَنَّ

بَيِّنَةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا تُثْبِتُ زِيَادَةً لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْمُؤَاجِرِ تُثْبِتُ زِيَادَةَ الْأَجْرِ وَبَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ تُثْبِتُ زِيَادَةَ الْمَنْفَعَةِ فَتُقْبَلُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا على الزِّيَادَةِ التي تُثْبِتُهَا
وَإِنْ كان اخْتِلَافُهُمَا بعدما اسْتَوْفَى الْمُسْتَأْجِرُ بَعْضَ الْمَنْفَعَةِ بِأَنْ سَكَنَ الدَّارَ الْمُسْتَأْجَرَةَ بَعْضَ الْمُدَّةِ أو رَكِبَ الدَّابَّةَ الْمُسْتَأْجَرَةَ بَعْضَ الْمَسَافَةِ
ثُمَّ اخْتَلَفُوا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ فِيمَا مَضَى مع يَمِينِهِ وَيَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ لِأَنَّ الْعَقْدَ على الْمَنَافِعِ سَاعَةً فَسَاعَةً على حَسَبِ حُدُوثِهَا شيئا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلُّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْمَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عليه مُبْتَدأً فَكَانَ ما بَقِيَ من الْمُدَّةِ وَالْمَسَافَةِ مُنْفَرِدًا بِالعقد فَيَتَحَالَفَانِ فيه بِخِلَافِ ما إذَا هَلَكَ بَعْضُ الْمَبِيعِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ التَّحَالُفُ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَرَدَ على جُمْلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الْعَيْنُ الْقَائِمَةُ لِلْحَالِ وَكُلُّ جُزْءٍ من الْمَبِيعِ ليس بِمَعْقُودٍ عليه مُبْتَدأً إنَّمَا الْجُمْلَةُ مَعْقُودٌ عليها بِعَقْدٍ وَاحِدٍ فإذا تَعَذَّرَ الْفَسْخُ في قَدْرِ الْهَالِكِ يَسْقُطُ في الْبَاقِي
وَإِنْ كان اخْتِلَافُهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ وَقْتِ الْإِجَارَةِ أو بَعْدَ بُلُوغِ الْمَسَافَةِ التي اسْتَأْجَرَ إلَيْهَا لَا يَتَحَالَفَانِ فيه وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ في مِقْدَارِ الْبَدَلِ مع يَمِينِهِ وَلَا يَمِينَ على الْمُؤَاجِرِ لِأَنَّ التَّحَالُفَ يُثْبِتُ الْفَسْخَ وَالْمَنَافِعُ الْمُنْعَدِمَةُ لَا تَحْتَمِلُ فَسْخَ الْعَقْدِ فَلَا يَثْبُتُ التَّحَالُفُ
وَهَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ لِأَنَّ قِيَامَ الْمَبِيعِ في بَابِ الْبَيْعِ شَرْطُ جَرَيَانِ التَّحَالُفِ في الْمَبِيعِ الْهَالِكِ وَالْمَنَافِعُ هَهُنَا هَالِكَةٌ فَلَا يَثْبُتُ فيها التَّحَالُفُ وَأَمَّا مُحَمَّدٌ فَيَحْتَاجُ إلَى الْفَرْقِ بين الْمَبِيعِ الْهَالِكِ وَبَيْنَ الْمَنَافِعِ الْهَالِكَةِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ له أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ بِأَنْفُسِهَا على أَصْلِنَا وَإِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ فإذا فُسِخَتْ الْإِجَارَةُ بِالتَّحَالُفِ تَبْقَى الْمَنَافِعُ مُسْتَوْفَاةً من غَيْرِ عَقْدٍ فَلَا تَتَقَوَّمُ فَلَا يَثْبُتُ التَّحَالُفُ بِخِلَافِ الْأَعْيَانِ فَإِنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ بِأَنْفُسِهَا فإذا فُسِخَ الْبَيْعُ بِالتَّحَالُفِ يَبْقَى الْعَقْدُ مُتَقَوِّمًا بِنَفْسِهِ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَيَجِبُ عليه قِيمَتُهُ وَإِنَّمَا كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ عليه وَالْخِلَافُ مَتَى وَقَعَ في

الِاسْتِحْقَاقِ كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَحِقِّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ في جِنْسِ الْأَجْرِ بِأَنْ قال الْمُسْتَأْجِرُ اسْتَأْجَرْتُ هذه الدَّابَّةَ إلَى مَوْضِعِ كَذَا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وقال الْآخَرُ بِدِينَارٍ فَالْحُكْمُ في التَّحَالُفِ وَالنُّكُولِ وَإِقَامَةِ أَحَدِهِمَا الْبَيِّنَةَ ما وَصَفْنَا فَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُؤَاجِرِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْأُجْرَةَ حَقًّا له وَبَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ لَا تُثْبِتُ الْأُجْرَةَ حَقًّا له فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْمُؤَاجِرِ أَوْلَى بِالْقَبُولِ
وَلَوْ اخْتَلَفَا فقال الْمُؤَاجِرُ أَجَّرْتُكَ هذه الدَّابَّةَ إلَى الْقَصْرِ بِدِينَارٍ وقال الْمُسْتَأْجِرُ إلَى الْكُوفَةِ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَهِيَ إلَى الْكُوفَةِ بِدِينَارٍ وَخَمْسَةِ دَرَاهِمَ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ إلَى الْقَصْرِ وَقَعَ في الْبَدَلِ فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْمُؤَاجِرِ أَوْلَى لِمَا قُلْنَا وَتَثْبُتُ الْإِجَارَةُ إلَى الْقَصْرِ بِدِينَارٍ ثُمَّ الْمُسْتَأْجِرُ يَدَّعِي من الْقَصْرِ إلَى الْكُوفَةِ بِخَمْسَةٍ لِأَنَّ الْقَصْرَ نِصْفُ الطَّرِيقِ وَالْمُؤَاجِرُ يَجْحَدُ هذه الْإِجَارَةَ فَالْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلْإِجَارَةِ أَوْلَى من النَّافِيَةِ
وقد رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ من رَجُلٍ دَارًا سَنَةً فَاخْتَلَفَا فَأَقَامَ الْمُسْتَأْجِرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اسْتَأْجَرَ إحدى (((أحد))) عَشَرَ شَهْرًا منها بِدِرْهَمٍ وَشَهْرًا بِتِسْعَةٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ رَبُّ الدَّارِ أَنَّهُ أَجَرَهَا بِعَشَرَةٍ قال فَإِنِّي آخُذُ بِبَيِّنَةِ رَبِّ الدَّارِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي فَضْلَ أُجْرَةٍ في أَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا وقد أَقَامَ على ذلك بَيِّنَةً فَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ فَأَمَّا الشَّهْرُ الثَّانِي عَشَرَ فَقَدْ أَقَرَّ الْمُسْتَأْجِرُ لِلْمُؤَاجِرِ فيه بِفَضْلِ الْأُجْرَةِ فِيمَا ادَّعَى فَإِنْ صَدَّقَهُ على ذلك وَإِلَّا سَقَطَ الْفَضْلُ بِتَكْذِيبِهِ
وَلَوْ اخْتَلَفَ الْخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ فقال رَبُّ الثَّوْبِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَقْطَعَهُ قَبَاءً وقال الْخَيَّاطُ أَمَرْتَنِي أَنْ أَقْطَعَهُ قَمِيصًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ مع يَمِينِهِ عِنْدَنَا وَالْخَيَّاطُ ضَامِنٌ قِيمَةَ الثَّوْبِ وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوْبِ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ وقال ابن أبي لَيْلَى الْقَوْلُ قَوْلُ الْخَيَّاطِ مع يَمِينِهِ وَاخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فقال في مَوْضِعٍ مِثْلَ قَوْلِهِمَا وقال في مَوْضِعٍ يَتَحَالَفَانِ فإذا حَلَفَا سَقَطَ الضَّمَانُ عن الْخَيَّاطِ وَسَقَطَ الْأَجْرُ
وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ أبي لَيْلَى أَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ أَقَرَّ بِالْإِذْنِ بِالْقَطْعِ غير أَنَّهُ يَدَّعِي زِيَادَةَ صِفَةٍ تُوجِبُ الضَّمَانَ وَتُسْقِطُ الْأَجْرَ وَالْخَيَّاطُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَنَا أَنَّ الْإِذْنَ مُسْتَفَادٌ من قِبَلِ صَاحِبِ الثَّوْبِ فَكَانَ الْقَوْلُ في صِفَةِ الْإِذْنِ قَوْلَهُ وَلِهَذَا لو وَقَعَ الْخِلَافُ في أَصْلِ الْإِذْنِ بِالْقَطْعِ فقال صَاحِبُ الثَّوْبِ لم آذَنْ بِالْقَطْعِ كان الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَكَذَا إذَا قال لم آذَنْ بِقَطْعِهِ قَمِيصًا وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِ ابْنِ أبي لَيْلَى لِأَنَّ الْمَأْذُونَ فيه قَطْعُ الْقَبَاءِ لَا مُطْلَقُ الْقَطْعِ وَلَا مَعْنَى لِأَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ التَّحَالُفَ وَضْعٌ الفسخ (((للفسخ))) وَلَا يُمْكِنُ الْفَسْخُ هَهُنَا فَلَا يَثْبُتُ التَّحَالُفُ لِأَنَّ صَاحِبَهُ يَدَّعِي على الْخَيَّاطِ الْغَصْبَ وَالْخَيَّاطَ يَدَّعِي الْأَجْرَ وَذَلِكَ مِمَّا لَا يَثْبُتُ فيه التَّحَالُفُ وَإِنْ كان له تَضْمِينُ الْخَيَّاطِ قِيمَةَ الثَّوْبِ لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ

لَمَّا حَلَفَ على دَعْوَى الْخَيَّاطِ فَقَدْ صَارَ الْخَيَّاطُ بِقَطْعِهِ الثَّوْبَ لَا على الصِّفَةِ الْمَأْذُونِ فيها مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَصَارَ مُتْلِفًا الثَّوْبَ عليه فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوْبِ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ
أَمَّا اخْتِيَارُ أَخْذِ الثَّوْبِ فَلِأَنَّهُ أتى بِأَصْلِ الْمَعْقُودِ عليه مع تَغَيُّرِ الصِّفَةِ فَكَانَ

لِصَاحِبِ الثَّوْبِ الرِّضَا بِهِ وَإِعْطَاؤُهُ أَجْرَ الْمِثْلِ لَا الْمُسَمَّى لِأَنَّهُ لم يَأْتِ بِالْمَأْمُورِ بِهِ على الْوَصْفِ الذي أُمِرَ بِهِ وَطَرِيقَةٌ أُخْرَى لِبَعْضِ مَشَايِخِنَا أَنَّ مَنْفَعَةَ الْقَبَاءِ وَالْقَمِيصِ مُتَقَارِبَةٌ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْقَبَاءِ انْتِفَاعَ الْقَمِيصِ بِأَنْ يَسُدَّ وَسَطَهُ وَأَزْرَارَهُ وَإِنَّمَا يُفَوِّتُ بَعْضَ الْأَغْرَاضِ فَقَدْ وُجِدَ الْمَعْقُودُ عليه مع الْعَيْبِ فَيَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حتى قالوا لو قَطَعَهُ سَرَاوِيلَ لم تَجِبْ له الْأُجْرَةُ لِاخْتِلَافِ مَنْفَعَةِ الْقَبَاءِ وَالسَّرَاوِيلِ فلم يَأْتِ الْمَعْقُودُ عليه رَأْسًا

قال الْقُدُورِيُّ وَالرِّوَايَةُ بِخِلَافِ هذا فإن هِشَامًا رَوَى أَنَّ مُحَمَّدًا قال في رَجُلٍ دَفَعَ إلَى رَجُلٍ شَبَهًا لِيَضْرِبَ له طَشْتًا مَوْصُوفًا فَضَرَبَهُ كُوزًا إنَّ صَاحِبَهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مِثْلَ شَبَهِهِ وَالْكُوزُ لِلْعَامِلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ ما سمى فَفِي السَّرَاوِيلِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ وَوَجْهُهُ ما مَرَّ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على الضَّرْبِ وَالصِّنَاعَةُ صِفَةٌ له فَقَدْ وَافَقَ في أَصْلِ الْمَعْقُودِ عليه وَخَالَفَ في الصِّفَةِ فَيَثْبُتُ لِلْمُسْتَعْمِلِ الْخِيَارُ

وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ وَبِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ في رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَنْزِعَ له ضِرْسًا مُتَآكِلًا فَنَزَعَ ضِرْسًا مُتَآكِلًا فقال الْآمِرُ أَمَرْتُك بِغَيْرِ هذا بهذا الْأَجْرِ وقال الْمَأْمُورُ أَمَرْتنِي بِاَلَّذِي نَزَعْتُ فإن أَبَا حَنِيفَةَ قال في ذلك الْقَوْلُ قَوْلُ الْآمِرِ مع يَمِينِهِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ من قِبَلِهِ خَاصَّةً فَكَانَ الْقَوْلُ في الْمَأْمُورِ بِهِ قَوْلَهُ

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ في رَجُلٍ دَفَعَ إلَى صَبَّاغٍ ثَوْبًا لِيَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ على ما وَصَفَ له بِالْعُصْفُرِ ثُمَّ اخْتَلَفَا في الْأَجْرِ فقال الصَّبَّاغُ عَمِلْته بِدِرْهَمٍ وقال رَبُّ الثَّوْبِ بِدَانَقَيْنِ فَإِنْ قَامَتْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ أُخِذَتْ بَيِّنَةُ الصَّبَّاغِ وَإِنْ لم يَقُمْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَإِنِّي أَنْظُرُ إلَى ما زَادَ الْعُصْفُرُ في قِيمَةِ الثَّوْبِ فَإِنْ كان دِرْهَمًا أو أَكْثَرَ أَعْطَيْته دِرْهَمًا بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ الصَّبَّاغُ ما صَبَغْته بِدَانَقَيْنِ وَإِنْ كان ما زَادَ في الثَّوْبِ من الْعُصْفُرِ أَقَلَّ من دَانَقَيْنِ أَعْطَيْته دَانَقَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ صَاحِبُ الثَّوْبِ ما صَبَغْته إلَّا بِدَانَقَيْنِ أَمَّا إذَا قَامَتْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الصَّبَّاغِ تُثْبِتُ زِيَادَةَ الْأُجْرَةِ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ وَأَمَّا إذَا لم تَقُمْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَلِأَنَّ ما زَادَ الْعُصْفُرُ في قِيمَةِ الثَّوْبِ إذَا كان دِرْهَمًا أو أَكْثَرَ كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلصَّبَّاغِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُزَادُ على دِرْهَمٍ لِأَنَّهُ رضي بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ وإذا كان ما زَادَ الْعُصْفُرُ دَانَقَيْنِ كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِرَبِّ الثَّوْبِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقُصُ من دَانَقَيْنِ لِأَنَّهُ رضي بِذَلِكَ

وَإِنْ كان يَزِيدُ في الثَّوْبِ نِصْفَ دِرْهَمٍ قال أَعْطَيْت الصَّبَّاغَ ذلك بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ ما صَبَغْته بِدَانَقَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الدَّعْوَى إذَا سَقَطَتْ لِلتَّعَارُضِ بِحُكْمِ الصَّبْغِ فَوَجَبَ قِيمَةُ الصِّبْغِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْقَصَّارِ مع رَبِّ الثَّوْبِ إذَا اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الْأُجْرَةِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا أَن الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّهُ ليس في الثَّوْبِ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ لِلْقَصَّارِ فلم يُوجَدْ ما يَصْلُحُ حُكْمًا فَيُرْجَعَ إلَى قَوْلِ صَاحِبِ الثَّوْبِ لِأَنَّ الْقَصَّارَ يَدَّعِي عليه زِيَادَةَ ضَمَانٍ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ

وَكَذَلِكَ كُلُّ صِبْغٍ له قِيمَةٌ فَإِنْ كان الصِّبْغُ أَسْوَدَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ مع يَمِينِهِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ السَّوَادَ نُقْصَانٌ عِنْدَهُ وَكَذَلِكَ كُلُّ صِبْغٍ يُنْقِصُ الثَّوْبَ

لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِالدَّعْوَى لِلتَّعَارُضِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الرُّجُوعِ إلَى قِيمَةِ الصِّبْغِ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ له فَيُرْجَعُ إلَى قَوْلِ الْمُسْتَحَقِّ عليه

وَلَوْ اخْتَلَفَ الصَّبَّاغُ وَرَبُّ الثَّوْبِ فقال رَبُّ الثَّوْبِ أَمَرْتُك بِالْعُصْفُرِ

وقال الصَّبَّاغُ بِالزَّعْفَرَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ في قَوْلِهِمْ جميعا

لِأَنَّ الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ من قِبَلِهِ وَمِنْ هذا النَّوْعِ ما إذَا أَمَرَ الْمُسْتَعْمِلُ الصَّانِعَ

بِالزِّيَادَةِ من عِنْدِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فقال في الْأَصْلِ في رَجُلٍ دَفَعَ غَزْلًا إلَى حَائِكٍ يَنْسِجُهُ ثَوْبًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِيدَ في الْغَزْلِ رِطْلًا من عِنْدِهِ مِثْلَ غَزْلِهِ على أَنْ يُعْطِيَهُ ثَمَنَ الْغَزْلِ وَأُجْرَةَ الثَّوْبِ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً فَاخْتَلَفَا بَعْدَ الْفَرَاغِ من الثَّوْبِ فقال الْحَائِكُ قد زِدْت وقال رَبُّ الثَّوْبِ لم تَزِدْ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْغَزْلِ مع يَمِينِهِ على عَمَلِهِ لِأَنَّ الصَّانِعَ يَدَّعِي على صَاحِبِ الثَّوْبِ الضَّمَانَ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكِرِ مع يَمِينِهِ على عَمَلِهِ لِأَنَّهُ يَمِينٌ على فِعْلِ الْغَيْرِ فَإِنْ حَلَفَ بريء وَإِنْ نَكَلَ عن الْيَمِينِ لَزِمَهُ مِثْلُ الْغَزْلِ لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ يقضي بها في هذا الْبَابِ فَإِنْ أَقَامَ الصَّانِعُ بَيِّنَةً قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ

وَلَوْ اتَّفَقَا أَنَّ غَزْلَ الْمُسْتَعْمَلِ كان مَنًّا وقال الصَّانِعُ قد زِدْت فيه رِطْلًا فَوُزِنَ الثَّوْبُ فَوُجِدَ زَائِدًا على ما دُفِعَ إلَيْهِ زِيَادَةً لم يُعْلَمْ أَنَّ مِثْلَهَا يَكُونُ من الدَّقِيقِ وَادَّعَى رَبُّ الثَّوْبِ أَنَّ الزِّيَادَةَ من الدَّقِيقِ فالوقل (((فالقول))) قَوْلُ الصَّانِعِ لِأَنَّ رَبَّ الثَّوْبِ يَدَّعِي

خِلَافَ الظَّاهِرِ وَإِنْ كان الثَّوْبُ مُسْتَهْلَكًا قبل أَنْ يُعْلَمَ وَزْنُهُ ولم يُقِرَّ الْمُسْتَعْمِلُ أَنَّ فيه ما قال الصَّانِعُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ لِأَنَّ الصَّانِعَ يَدَّعِي عليه الضَّمَانَ وَلَا ظَاهِرَ هَهُنَا يَشْهَدُ له فلم يُقْبَلْ قَوْلُهُ

وقال هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ دَفَعَ إلَى صَائِغٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِضَّةً وقال زِدْ عليها دِرْهَمَيْنِ قَرْضًا عَلَيَّ فَصُغْهُ قَلْبًا وَأَجْرُك دِرْهَمٌ فَصَاغَهُ وَجَاءَ بِهِ مَحْشُوًّا فَاخْتَلَفَا فقال الصَّائِغُ قد زِدْت عليه دِرْهَمَيْنِ وقال رَبُّ الْقَلْبِ لم تَزِدْ شيئا قال مُحَمَّدٌ يَتَحَالَفَانِ ثُمَّ الصَّائِغُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ دَفَعَ الْقَلْبَ وَأَخَذَ منه أُجْرَةَ خَمْسَةِ دَوَانِيقَ وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ إلَيْهِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ قضة (((فضة))) وَأَخَذَ الْقَلْبَ

أَمَّا التَّحَالُفُ فَلِأَنَّ الصَّائِغَ يَدَّعِي على صَاحِبِ الْقَلْبِ الْقَرْضَ وهو يُنْكِرُ فَيُسْتَحْلَفُ وَصَاحِبُ الْقَلْبِ يَدَّعِي على الصَّائِغِ اسْتِحْقَاقَ الْقَلْبِ بِغَيْرِ شَيْءٍ وهو يُنْكِرُ فَيُسْتَحْلَفُ وإذا بَطَلَ دَعْوَى الصَّائِغِ في الْقَلْبِ عُلِمَ أَنَّ الْوَزْنَ عَشَرَةٌ وَإِنَّمَا بَذَلَ صَاحِبُ الْقَلْبِ لِلصَّائِغِ دِرْهَمًا لِصِيَاغَتِهِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا فإذا لم تَثْبُتْ الزِّيَادَةُ تَلْزَمُهُ لِلْعَشَرَةِ خمس (((خمسة))) دَوَانِيقَ وَإِنَّمَا كان لِلصَّائِغِ أَنْ يَحْبِسَ الْقَلْبَ وَيُعْطِيَ صَاحِبَ الْقَلْبِ مِثْلَ فِضَّتِهِ لِأَنَّ عِنْدَهُ أَنَّ الزِّيَادَةَ ثَابِتَةٌ وَأَنَّهُ يَتَقَرَّرُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ عليها من غَيْرِ عِوَضٍ الْقَرْضِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا من غَيْرِ رِضَاهُ وَلَا ضَرَرَ على صَاحِبِ الْقَلْبِ لِأَنَّهُ وَصَلَ إلَيْهِ مِثْلُ حَقِّهِ

وقال ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ دَفَعَ إلَى نَدَّافٍ ثَوْبًا وَقُطْنًا يَنْدِفُ عليه وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِيدَ من عِنْدِهِ ما رَأَى ثُمَّ إنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ أَتَاهُ وقد نَدَفَ على الثَّوْبِ عِشْرِينَ أَسْتَارًا من قُطْنٍ فَاخْتَلَفَا فقال صَاحِبُ الثَّوْبِ دَفَعْت إلَيْك خَمْسَةَ عَشَرَ أَسْتَارًا من قُطْنٍ وَأَمَرْتُك أَنْ تَزِيدَ عليه عَشَرَةً وَتَنْقُصَ إنْ رَأَيْت فلم تَزِدْ إلَّا خَمْسَةَ أَسَاتِيرَ

وقال النَّدَّافُ دَفَعْت إلَيَّ عَشَرَةً وَأَمَرْتنِي أَنْ أَزِيدَ عَشَرَةً فَزِدْتهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ النَّدَّافِ وَعَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ عَشَرَةَ أَسَاتِيرَ من قُطْنٍ كما ادَّعَى لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ لَا يَدَّعِي على النَّدَّافِ مُخَالَفَةَ ما أَمَرَهُ بِهِ وَإِنَّمَا يَدَّعِي أَنَّهُ

دَفَعَ إلَيْهِ خَمْسَةَ عَشَرَ أَسْتَارًا فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ النَّدَّافِ في مِقْدَارِهِ فَتَبْقَى الْعَشَرَةُ زِيَادَةً فَيَضْمَنُهَا صَاحِبُ الثَّوْبِ وَإِنْ كان صَاحِبُ الثَّوْبِ قال دَفَعْت إلَيْك خَمْسَةَ عَشَرَ وَأَمَرْتُك أَنْ تَزِيدَ عليه خَمْسَةَ عَشَرَ
وقال النَّدَّافُ دَفَعْت إلَيَّ عَشَرَةً وَأَمَرْتنِي أَنْ أَزِيدَ عليه عَشَرَةً فَزِدْتُ عليه عَشَرَةً فَصَاحِبُ الثَّوْبِ في هذا بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ صَدَّقَهُ وَدَفَعَ إلَيْهِ عَشَرَةَ أَسَاتِيرَ وَأَخَذَ ثَوْبَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ ثَوْبِهِ وَمِثْلَ عَشَرَةِ أَسَاتِيرَ قُطْنٍ وكان الثَّوْبُ لِلنَّدَّافِ لِأَنَّ النَّدَّافَ يَزْعُمُ أَنَّهُ فَعَلَ ما أَمَرَهُ بِهِ وَصَاحِبَ الثَّوْبِ يَدَّعِي الْخِلَافَ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا أَمَرَ بِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ النَّدَّافِ في مِقْدَارِ ما قَبَضَ
وقال بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ في رَجُلٍ أَعْطَى رَجُلًا ثَوْبًا لِيَقْطَعَهُ قَبَاءً مَحْشُوًّا وَدَفَعَ إلَيْهِ الْبِطَانَةَ وَالْقُطْنَ فَقَطَّعَهُ وَخَاطَهُ وَحَشَاهُ وَاتَّفَقَا على الْعَمَلِ والأجر ((والأجرة)) فإن الثَّوْبَ ثَوْبُ رَبِّ الثَّوْبِ وَالْقُطْنَ قُطْنُهُ غير أَنَّ رَبَّ الثَّوْبِ إنْ قال إنَّ الْبِطَانَةَ لَيْسَتْ بِطَانَتِي فَالْقَوْلُ في ذلك قَوْلُ الْخَيَّاطِ مع يَمِينِهِ أَلْبَتَّةَ أَنَّ هذا بِطَانَتُهُ وَيَلْزَمُ رَبَّ الثَّوْبِ وَيَسَعُ رَبُّ الثَّوْبِ أَنْ يَأْخُذَ الْبِطَانَةَ فَيَلْبَسُهَا لِأَنَّ الْبِطَانَةَ أَمَانَةٌ في يَدِ الْخَيَّاطِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فيها ثُمَّ إنْ كانت بِطَانَةُ صَاحِبِ الثَّوْبِ حَلَّ له لُبْسُهَا وَإِنْ كانت غَيْرَهَا فَقَدْ رضي الْخَيَّاطُ بِدَفْعِهَا إلَيْهِ بَدَلَ بِطَانَتِهِ فَحَلَّ له لُبْسُهَا
وَرَوَى بِشْرٌ وابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ أَعْطَى حَمَّالًا مَتَاعًا لِيَحْمِلَهُ من مَوْضِعٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَحَمَلَهُ ثُمَّ اخْتَلَفَا فقال رَبُّ الْمَتَاعِ ليس هذا مَتَاعِي وقال الْحَمَّالُ هو مَتَاعُك فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْحَمَّالِ مع يَمِينِهِ وَلَا ضَمَانَ عليه وَلَا يَلْزَمُ الْآمِرَ الْأَجْرُ إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيَأْخُذَهُ لِأَنَّ الْمَتَاعَ أَمَانَةٌ في يَدِ الْحَمَّالِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَا يَلْزَمُ صَاحِبَ الْمَتَاعِ لِأَنَّهُ لم يَعْتَرِفْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ فَإِنْ صَدَّقَهُ فَقَدْ رَجَعَ عن قَوْلِهِ فَوَجَبَ عليه الْأَجْرُ قال وَالنَّوْعُ الْوَاحِدُ وَالنَّوْعَانِ في هذا سَوَاءٌ إلَّا أَنَّهُ في النَّوْعِ الْوَاحِدِ أَفْحَشُ وَأَقْبَحُ يُرِيدُ بهذا لو حَمَّلَهُ طَعَامًا أو زَيْتًا
وقال الْأَجِيرُ هذا طَعَامُكَ بِعَيْنِهِ وقال رَبُّ الطَّعَامِ كان طَعَامِي أَجْوَدَ من هذا فإن هذا يَفْحُشُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ فيه قَوْلَ رَبِّ الطَّعَامِ وَيَبْطُلُ الْأَجْرُ وَيَحْسُنُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْحَمَّالِ وَيَأْخُذُ الْأَجْرَ إنْ كان قد حَمَلَهُ فَأَمَّا إذَا كَانَا نَوْعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِأَنْ جاء بِشَعِيرٍ
وقال رَبُّ الطَّعَامِ كان طَعَامِي حِنْطَةً فَلَا أَجْرَ لِلْحَمَّالِ حتى يُصَدِّقَهُ وَيَأْخُذَهُ وَإِنَّمَا قال يَقْبُحُ في الْجِنْسِ الْوَاحِدِ لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ يَمْلِكُ صَاحِبُ الطَّعَامِ أَنْ يَأْخُذَ الشَّعِيرَ عِوَضًا عن طَعَامِهِ لِأَنَّ الْحَمَّالَ قد بَذَلَ له ذلك فإذا أَخَذَ الْعِوَضَ سَلِمَتْ له الْمَنْفَعَةُ فَأَمَّا في النَّوْعَيْنِ فَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَأْخُذَ النَّوْعَ الْآخَرَ إلَّا بِالتَّرَاضِي بِالْبَيْعِ فما لم يُصَدِّقْهُ لَا يَسْتَحِقُّ عليه الْأَجْرَ
وَلَوْ اخْتَلَفَ الصَّانِعُ وَالْمُسْتَأْجِرُ في أَصْلِ الْأَجْرِ كَالنَّسَّاجِ وَالْقَصَّارِ وَالْخَفَّافِ

وَالصَّبَّاغِ فقال رَبُّ الثَّوْبِ وَالْخُفِّ عَمِلْتَهُ لي بِغَيْرِ شَرْطٍ وقال الصَّانِعُ لَا بَلْ عَمِلْتُهُ بِأُجْرَةِ دِرْهَمٍ أو اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّارِ مع الْمُسْتَأْجِرِ فقال رَبُّ الدَّارِ أَجَرْتُهَا مِنْك بِدِرْهَمٍ
وقال السَّاكِنُ بَلْ سَكَنْتهَا عَارِيَّةً فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ وَالْخُفِّ وَسَاكِنِ

الدَّارِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ مع يَمِينِهِ وَلَا أَجْرَ عليه وقال أبو يُوسُفَ إنْ كان الرَّجُلُ حُرًّا ثِقَةً فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا
وقال مُحَمَّدٌ إنْ كان الرَّجُلُ انْتَصَبَ لِلْعَمَلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِنْ لم يَكُنْ انْتَصَبَ لِلْعَمَلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِهِ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اتَّفَقَا على أَنَّهُمَا لم يَشْتَرِطَا الْأَجْرَ لَكِنَّ الصَّانِعَ قال إنِّي إنَّمَا عَمِلْت بِالْأَجْرِ وقال رَبُّ الثَّوْبِ ما شَرَطْت لك شيئا فَلَا يَسْتَحِقُّ شيئا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا اعْتِبَارُ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فإن انْتِصَابَهُ لِلْعَمَلِ وَفَتْحَهُ الدُّكَّانَ لِذَلِكَ دَلِيلٌ على أَنَّهُ لَا يَعْمَلُ إلَّا بِالْأُجْرَةِ وَكَذَا إذَا كان حرا (((حريفه))) ثقة فَكَانَ الْعَقْدُ مَوْجُودًا دَلَالَةً وَالثَّابِتُ دَلَالَةً كَالثَّابِتِ نَصًّا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَنَافِعَ على أَصْلِنَا لَا تَتَقَوَّمُ إلَّا بِالْعَقْدِ ولم يُوجَدْ أَمَّا إذَا اتَّفَقَا على أَنَّهُمَا لم يَشْتَرِطَا الْأَجْرَ فَظَاهِرٌ وَكَذَا إذَا اخْتَلَفَا في الشَّرْطِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَثْبُتُ مع الِاخْتِلَافِ لِلتَّعَارُضِ فَلَا تَجِبُ الْأُجْرَةُ ثُمَّ إنْ كان في الْمَصْنُوعِ عَيْنٌ قَائِمَةٌ لِلصَّانِعِ كَالصِّبْغِ الذي يَزِيدُ وَالنَّعْلِ يَغْرَمُ رَبُّ الثَّوْبِ وَالْخُفِّ لِلصَّانِعِ ما زَادَ الصِّبْغُ وَالنَّعْلُ فيه لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا وَإِلَّا فَلَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَنْتَهِي بِهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ فَعَقْدُ الْإِجَارَةِ يَنْتَهِي بِأَشْيَاءَ منها الْإِقَالَةُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلْإِقَالَةِ كَالْبَيْعِ
وَمِنْهَا مَوْتُ من وَقَعَ له الْإِجَارَةُ إلَّا لِعُذْرٍ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تبطل (((يبطل))) بِالْمَوْتِ كَبَيْعِ الْعَيْنِ
وَالْكَلَامُ فيه على أَصْلٍ ذَكَرْنَاهُ في كَيْفِيَّةِ انْعِقَادِ هذا الْعَقْدِ وهو أَنَّ الْإِجَارَةَ عِنْدَنَا تَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً على حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنَافِعِ شيئا فَشَيْئًا وإذا كان كَذَلِكَ فما يَحْدُثُ من الْمَنَافِعِ في يَدِ الْوَارِثِ لم يَمْلِكْهَا الْمُورَثُ لِعَدَمِهَا وَالْمِلْكُ صِفَةُ الْمَوْجُودِ لَا الْمَعْدُومِ فَلَا يَمْلِكُهَا الْوَارِثُ إذْ الْوَارِثُ إنَّمَا يَمْلِكُ ما كان على مِلْكِ الْمُورَثِ فما لم يَمْلِكْهُ يَسْتَحِيلُ وِرَاثَتُهُ بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَيْنِ لِأَنَّ الْعَيْنَ مِلْكٌ قَائِمٌ بِنَفْسِهِ مَلَكَهُ الْمُورَثُ إلَى وَقْتِ الْمَوْتِ فَجَازَ أَنْ يَنْتَقِلَ منه إلَى الْوَارِثِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُمْلَكُ إلَّا بِالْعَقْدِ وما يَحْدُثُ منها في يَدِ الْوَارِثِ لم يُعْقَدْ عليه رَأْسًا لِأَنَّهَا كانت مَعْدُومَةً حَالَ حَيَاةِ الْمُورَثِ وَالْوَارِثُ لم يَعْقِدْ عليها فَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ فيها لِلْوَارِثِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَنَافِعُ الْمُدَّةِ تُجْعَلُ مَوْجُودَةً لِلْحَالِ كَأَنَّهَا أَعْيَانٌ قَائِمَةٌ فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْعَيْنِ وَالْبَيْعُ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ كَذَا الْإِجَارَةُ وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا أَجَرَ رَجُلَانِ دَارًا من رَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْمُؤَاجِرَيْنِ أَنَّ الْإِجَارَةَ تَبْطُلُ في نَصِيبِهِ عِنْدَنَا وَتَبْقَى في نَصِيبِ الْحَيِّ على حَالِهَا لِأَنَّ هذا شُيُوعٌ طارىء (((طارئ))) وأنه لَا يُؤَثِّرُ في الْعَقْدِ في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَكَذَلِكَ لو اسْتَأْجَرَ رَجُلَانِ من رَجُلٍ دَارًا فَمَاتَ أَحَدُ الْمُسْتَأْجِرِينَ فَإِنْ رضي الْوَارِثُ بِالْبَقَاءِ على الْعَقْدِ وَرَضِيَ الْعَاقِدُ أَيْضًا جَازَ وَيَكُونُ ذلك بِمَنْزِلَةِ عَقْدٍ مبتدأ وَلَوْ مَاتَ الْوَكِيلُ بِالْعَقْدِ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْعَقْدَ لم يَقَعْ له وَإِنَّمَا هو عَاقِدٌ وَكَذَا لو مَاتَ الْأَبُ أو الْوَصِيُّ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا لو مَاتَ أبو الصَّبِيِّ في اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ لَا تُنْقَضُ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ لِلصَّبِيِّ وَالظِّئْرِ وَهُمَا قَائِمَانِ وَلَوْ مَاتَ الظِّئْرُ انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ وَكَذَا لو مَاتَ الصَّبِيُّ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْقُودٌ له
وَالْأَصْلُ أَنَّ الْإِجَارَةَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَعْقُودِ له وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْعَاقِدِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْعَقْدِ بَعْدَ مَوْتِ من وَقَعَ له الْعَقْدُ يُوجِبُ تَغْيِيرَ مُوجَبِ الْعَقْدِ لِأَنَّ من وَقَعَ له إنْ كان هو الْمُؤَاجِرَ فَالْعَقْدُ يَقْتَضِي اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ من مِلْكِهِ وَلَوْ بَقَّيْنَاهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَاسْتُوْفِيَتْ الْمَنَافِعُ من مِلْكِ غَيْرِهِ وَهَذَا خِلَافُ

مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَإِنْ كان هو الْمُسْتَأْجِرُ فَالْعَقْدُ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الْأُجْرَةِ من مَالِهِ
وَلَوْ بَقَّيْنَا الْعَقْدَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَاسْتُحِقَّتْ الْأُجْرَةُ من مَالِ غَيْرِهِ وَهَذَا خِلَافُ مُوجَبِ الْعَقْدِ بِخِلَافِ ما إذَا مَاتَ من لم يَقَعْ الْعَقْدُ له كَالْوَكِيلِ وَنَحْوِهِ لِأَنَّ الْعَقْدَ منه لَا يَقَعُ مُقْتَضِيًا اسْتِحْقَاقَ الْمَنَافِعِ وَلَا اسْتِحْقَاقَ الْأُجْرَةِ من مِلْكِهِ فَإِبْقَاءُ الْعَقْدِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا يُوجِبُ تَغْيِيرَ مُوجَبِ الْعَقْدِ وَكَذَلِكَ الْوَلِيُّ في الْوَقْفِ إذَا عَقَدَ ثُمَّ مَاتَ لَا تُنْتَقَضُ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْعَقْدَ لم يَقَعْ له فَمَوْتُهُ لَا يُغَيِّرُ حُكْمَهُ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إلَى مَكَّةَ فَمَاتَ الْمُؤَاجِرُ في بَعْضِ الْمَفَازَةِ فَلَهُ أَنْ يَرْكَبَهَا أو يَحْمِلَ عليها إلَى مَكَّةَ أو إلَى أَقْرَبِ الْأَمَاكِنِ من الْمِصْرِ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِبُطْلَانِ الْإِجَارَةِ هَهُنَا يُؤَدِّي إلَى الضَّرَرِ بِالْمُسْتَأْجِرِ لِمَا فيه من تَعْرِيضِ مَالِهِ وَنَفْسِهِ إلَى التَّلَفِ فَجُعِلَ

ذلك عُذْرًا في بَقَاءِ الْإِجَارَةِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِمْ إنَّ الْإِجَارَةَ كما تُفْسَخُ بِالْعُذْرِ تَبْقَى بِالْعُذْرِ
وَقَالُوا فِيمَنْ اكْتَرَى إبِلًا إلَى مَكَّةَ ذَاهِبًا وَجَائِيًا فَمَاتَ الْجَمَّالُ في بَعْضِ الطَّرِيقِ فَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَرْكَبَهَا إلَى مَكَّةَ أو يَحْمِلَ عليها وَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى لِأَنَّ الْحُكْمَ بِانْفِسَاخِ الْإِجَارَةِ في الطَّرِيقِ إلْحَاقُ الضَّرَرِ بِالْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ لَا يَجِدُ ما يَحْمِلُهُ وَيَحْمِلُ قُمَاشَهُ وَإِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِالْوَرَثَةِ إذَا كَانُوا غُيَّبًا لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَفُوتُ من غَيْرِ عِوَضٍ فَكَانَ في اسْتِيفَاءِ الْعَقْدِ نَظَرٌ من الْجَانِبَيْنِ فإذا وَصَلَ إلَى مَكَّةَ رَفَعَ الْأَمْرَ إلَى الْحَاكِمِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عليه في فَسْخِ الْإِجَارَةِ عِنْدَ ذلك لِأَنَّهُ يَقْدِرُ على أَنْ يَسْتَأْجِرَ من جَمَّالٍ آخَرَ ثُمَّ يَنْظُرُ الْحَاكِمُ في الْأَصْلَحِ
فَإِنْ رَأَى بَيْعَ الْجِمَالِ وَحِفْظَ الثَّمَنِ لِلْوَرَثَةِ أَصْلَحَ فَعَلَ ذلك وَإِنْ رَأَى إمْضَاءَ الْإِجَارَةِ إلَى الْكُوفَةِ أَصْلَحَ فَعَلَ ذلك لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا مُحْتَاطًا وقد يَكُونُ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ أَحْوَطَ فَيَخْتَارُ ذلك قالوا وَالْأَفْضَلُ إذَا كان الْمُسْتَأْجِرُ ثِقَةً أَنْ يُمْضِيَ الْقَاضِي الْإِجَارَةَ
وَالْأَفْضَلُ إذَا كان غير ثِقَةٍ أَنْ يَفْسَخَهَا فَإِنْ فَسَخَهَا وقد كان الْمُسْتَأْجِرُ عَجَّلَ الْأُجْرَةَ سمع الْقَاضِي بَيِّنَتَهُ عليها وَقَضَاهُ من ثَمَنِهَا لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إذَا انْفَسَخَتْ فَلِلْمُسْتَأْجِرِ إمْسَاكُ الْعَيْنِ حتى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الْأُجْرَةِ وَقَامَ القضاء
(((القاضي))) مَقَامَ الْغَائِبِ فَنُصِّبَ له خَصْمًا وَسَمِعَ عليه الْبَيِّنَةَ
وَلَوْ مَاتَ أَحَدٌ مِمَّنْ وَقَعَ له عَقْدُ الْإِجَارَةِ قبل انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وفي الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ زَرْعٌ لم يُسْتَحْصَدْ يُتْرَكُ ذلك في الْأَرْضِ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ وَيَكُونُ على الْمُسْتَأْجِرِ أو على وَرَثَتِهِ ما سمى من الْأَجْرِ لِأَنَّ في الْحُكْمِ بِالِانْفِسَاخِ وَقَلْعِ الزَّرْعِ ضَرَرًا بِالْمُسْتَأْجِرِ وفي الْإِبْقَاءِ من غَيْرِ عِوَضٍ ضَرَرًا بِالْوَارِثِ وَيُمْكِنُ تَوْفِيرُ الْحَقَّيْنِ من غَيْرِ ضَرَرٍ بِإِبْقَاءِ الزَّرْعِ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ بِالْأَجْرِ فَيَجِبُ الْقَوْلُ بِهِ وَإِنَّمَا وَجَبَ الْمُسَمَّى اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ أَجْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْفَسَخَ حَقِيقَةً بِالْمَوْتِ وَإِنَّمَا بَقَّيْنَاهُ حُكْمًا فَأَشْبَهَ شُبْهَةَ الْعَقْدِ وَاسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ بِشُبْهَةِ الْعَقْدِ تُوجِبُ أَجْرَ الْمِثْلِ كما لو اسْتَوْفَاهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانُ أَنَّ التَّسْمِيَةَ تَنَاوَلَتْ هذه الْمُدَّةَ فإذا مَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى

التَّرْكِ بِعِوَضٍ كان إيجَابُ الْعِوَضِ الْمُسَمَّى أَوْلَى لِوُقُوعِ التَّرَاضِي بِخِلَافِ التَّرْكِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لم تَتَنَاوَلْ ما بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ فَتَعَذَّرَ إيجَابُ الْمُسَمَّى فَوَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ

وَمِنْهَا هَلَاكُ الْمُسْتَأْجَرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ فيه لِوُقُوعِ الْيَأْسِ عن اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه بَعْدَ هَلَاكِهِ فلم يَكُنْ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ حتى لو كان الْمُسْتَأْجَرُ عَبْدًا أو ثَوْبًا أو حُلِيًّا أو ظَرْفًا أو دَابَّةً مُعَيَّنَةً فَهَلَكَ أو هَلَكَ الثَّوْبُ الْمُسْتَأْجَرُ فيه لِلْخِيَاطَةِ أو لِلْقِصَارَةِ بَطَلَتْ الْإِجَارَةُ لِمَا قُلْنَا

وَإِنْ كانت الْإِجَارَةُ على دَوَابَّ بِغَيْرِ أَعْيَانِهَا فَسَلَّمَ إلَيْهِ دَوَابَّ فَقَبَضَهَا فَمَاتَتْ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ وَعَلَى الْمُؤَاجِرِ أَنْ يَأْتِيَهُ بِغَيْرِ ذلك لِأَنَّهُ هَلَكَ ما لم يَقَعْ عليه الْعَقْدُ لِأَنَّ الدَّابَّةَ إذَا لم تَكُنْ مُعَيَّنَةً فَالْعَقْدُ يَقَعُ على مَنَافِعَ في الذِّمَّةِ وَإِنَّمَا تُسَلَّمُ الْعَيْنُ لِيُقِيمَ مَنَافِعَهَا مَقَامَ ما في ذِمَّتِهِ فإذا هَلَكَ بَقِيَ ما في الذِّمَّةِ بِحَالِهِ فَكَانَ عليه أَنْ يُعَيِّنَ غَيْرَهَا وقد ذَكَرْنَا اخْتِلَافَ إشَارَةِ الرِّوَايَاتِ في الدَّارِ إذَا انْهَدَمَ كُلُّهَا أو انْقَطَعَ الْمَاءُ عن الرَّحَى أو الشُّرْبُ من الْأَرْضِ أَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ أو يَثْبُتُ حَقُّ الْفَسْخِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَعَلَى هذا أَيْضًا يُخَرَّجُ مَوْتُ الظِّئْرِ أَنَّ الْإِجَارَةَ تَبْطُلُ بِهِ لِأَنَّهَا مُسْتَأْجَرَةٌ

وَمِنْهَا انْقِضَاءُ الْمُدَّةِ إلَّا لِعُذْرٍ لِأَنَّ الثَّابِتَ إلَى غَايَةٍ يَنْتَهِي عِنْدَ وُجُودِ الْغَايَةِ فَتَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِانْتِهَاءِ الْمُدَّةِ إلَّا إذَا كان ثَمَّةَ عُذْرٌ بِأَنْ انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وفي الْأَرْضِ زَرْعٌ لم يُسْتَحْصَدْ فإنه يُتْرَكُ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ بِخِلَافِ ما إذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وفي الْأَرْضِ رَطْبَةٌ أو غَرْسٌ أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ لِأَنَّ في تَرْكِ الزَّرْعِ إلَى أَنْ يُدْرِكَ مُرَاعَاةَ الْحَقَّيْنِ وَالنَّظَرَ من الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّ لِقَطْعِهِ غَايَةً مَعْلُومَةً فَأَمَّا الرَّطْبَةُ فَلَيْسَ لِقَطْعِهَا غَايَةٌ مَعْلُومَةٌ فَلَوْ لم تُقْطَعْ لَتَعَطَّلَتْ الْأَرْضُ على صَاحِبِهَا فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَبِخِلَافِ الْغَاصِبِ إذَا زَرَعَ الْأَرْضَ الْمَغْصُوبَةَ أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ وَلَا يُتْرَكُ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ بِأَجْرٍ لِأَنَّ التَّرْكَ في الْإِجَارَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عن الْمُسْتَأْجِرِ نَظَرٌ له وهو مُسْتَحِقٌّ لِلنَّظَرِ لِأَنَّهُ زَرَعَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَأَمَّا الْغَاصِبُ فَظَالِمٌ مُتَعَدٍّ في الزَّرْعِ فَلَا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ بِالتَّرْكِ مع ما أَنَّهُ هو الذي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ زَرَعَ أَرَاضِيَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ فَكَانَ مُضَافًا إلَيْهِ

وَمِنْهَا عَجْزُ الْمُكَاتَبِ بَعْدَ ما اسْتَأْجَرَ شيئا أَنَّهُ يُوجِبُ بُطْلَانَ الْإِجَارَةِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ اُسْتُحِقَّتْ من كَسْبِ الْمُكَاتَبِ وَبِالْعَجْزِ يَبْطُلُ كَسْبُهُ فَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ إذْ لَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِهَا من مَالِ الْمَوْلَى فَإِنْ عَجَزَ بَعْدَ ما اسْتَأْجَرَ فَالْإِجَارَةُ بَاقِيَةٌ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ

وقال مُحَمَّدٌ تَبْطُلُ وَالْكَلَامُ فيه رَاجِعٌ إلَى أَصْلٍ نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْهِبَةِ في كَيْفِيَّةِ مِلْكِ الْمَوْلَى كَسْبَ الْمُكَاتَبِ عِنْدَ عَجْزِهِ أَنَّ عِنْدَ أبي

يُوسُفَ كَسْبَ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ مِلْكُهُ في الْحَقِيقَةِ على عَجْزِهِ أو عِتْقِهِ فَإِنْ عَجَزَ مَلَكَهُ الْمَوْلَى من الْأَصْلِ وَإِنْ عَتَقَ مَلَكَهُ الْمُكَاتَبُ من الْأَصْلِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هو مِلْكُ الْمُكَاتَبِ ثُمَّ إذَا عَجَزَ انْتَقَلَ إلَى الْمَوْلَى كما يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ من الْمَيِّتِ إلَى وَرَثَتِهِ بِالْمَوْتِ

وَوَجْهُ الْبِنَاءِ على هذا الْأَصْلِ أَنَّ عِنْدَ أبي يُوسُفَ لَمَّا وَقَعَ الْمِلْكُ لِلْمَوْلَى في الْكَسْبِ من حِينِ وُجُودِهِ صَارَ كَأَنَّ الْإِجَارَةَ وُجِدَتْ من الْمَوْلَى فَلَا تُنْتَقَضُ بِعَجْزِ

الْمُكَاتَبِ وَلَمَّا كان الْمِلْكُ لِلْمَوْلَى فيه من طَرِيقِ الِانْتِقَالِ من الْمُكَاتَبِ عِنْدَ عَجْزِهِ على أَصْلِ مُحَمَّدٍ صَارَ بِمَنْزِلَةِ انْتِقَالِ الْمِلْكِ من الْمَيِّت إلَى وَارِثِهِ عِنْدَ عَجْزِهِ وَذَلِكَ يُوجِبُ انْتِقَاضَ الْإِجَارَةِ كَذَا هذا
وَأَصْلُ هذه الْمَسْأَلَةِ في الْمُكَاتَبِ إذَا وُهِبَتْ له هِبَةٌ ثُمَّ عَجَزَ أَنَّ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَرْجِعُ وَسَنَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْهِبَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

يُحْتَاجُ لِمَعْرِفَةِ مَسَائِلِ هذا الْكِتَابِ إلَى بَيَانِ صُورَةِ الِاسْتِصْنَاعِ وَمَعْنَاهُ وَإِلَى بَيَانِ جَوَازِهِ وَإِلَى بَيَانِ حُكْمِهِ وَإِلَى بَيَانِ صِفَتِهِ
فَصْلٌ أَمَّا صُورَةُ الِاسْتِصْنَاعِ فَهِيَ أَنْ يَقُولَ إنْسَانٌ لِصَانِعٍ من خَفَّافٍ أو صَفَّارٍ أو غَيْرِهِمَا اعْمَلْ لي خُفًّا أو آنِيَةً من أَدِيمٍ أو نُحَاسٍ من عِنْدِك بِثَمَنِ كَذَا وَيُبَيِّنُ نَوْعَ ما يَعْمَلُ وَقَدْرَهُ وَصِفَتَهُ فيقول الصَّانِعُ نعم
وَأَمَّا مَعْنَاهُ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ هو مُوَاعَدَةٌ وَلَيْسَ بِبَيْعٍ وقال بَعْضُهُمْ هو بَيْعٌ لَكِنْ لِلْمُشْتَرِي فيه خِيَارٌ وهو الصَّحِيحُ بِدَلِيلِ أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ في جَوَازِهِ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ في الْعِدَاتِ وَكَذَا أَثْبَتَ فيه خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبِيَاعَاتِ وَكَذَا يَجْرِي فيه التَّقَاضِي وَإِنَّمَا يَتَقَاضَى فيه الْوَاجِبُ لَا الْمَوْعُودُ
ثُمَّ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُهُمْ عن هذا النَّوْعِ من الْبَيْعِ قال بَعْضُهُمْ هو عَقْدٌ على مَبِيعٍ في الذِّمَّةِ وقال بَعْضُهُمْ هو عَقْدٌ على مَبِيعٍ في الذِّمَّةِ شُرِطَ فيه الْعَمَلُ
وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الصَّانِعَ لو أَحْضَرَ عَيْنًا كان عَمِلَهَا قبل الْعَقْدِ وَرَضِيَ بِهِ الْمُسْتَصْنِعُ لَجَازَ وَلَوْ كان شَرْطُ الْعَمَلِ من نَفْسِ الْعَقْدِ لَمَا جَازَ لِأَنَّ الشَّرْطَ يَقَعُ على عَمَلٍ في الْمُسْتَقْبَلِ لَا في الْمَاضِي
وَالصَّحِيحُ هو الْقَوْلُ الْأَخِيرُ لِأَنَّ استصناع (((الاستصناع))) طَلَبُ الصُّنْعِ فما لم يُشْتَرَطْ فيه الْعَمَلُ لَا يَكُونُ اسْتِصْنَاعًا فَكَانَ مَأْخَذُ الِاسْمِ دَلِيلًا عليه وَلِأَنَّ الْعَقْدَ على مَبِيعٍ في الذِّمَّةِ يُسَمَّى سَلَمًا وَهَذَا الْعَقْدُ يُسَمَّى اسْتِصْنَاعًا وَاخْتِلَافُ الْأَسَامِي دَلِيلُ اخْتِلَافِ الْمَعَانِي في الْأَصْلِ
وَأَمَّا إذَا أتى الصَّانِعُ بِعَيْنٍ صَنَعَهَا قبل الْعَقْدِ وَرَضِيَ بِهِ الْمُسْتَصْنِعُ فَإِنَّمَا جَازَ لَا بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بَلْ بِعَقْدٍ آخَرَ وهو التَّعَاطِي بِتَرَاضِيهِمَا
فَصْلٌ وَأَمَّا جَوَازُهُ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّهُ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لَا على وَجْهِ السَّلَمِ وقد نهى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ وَيَجُوزُ اسْتِحْسَانًا لِإِجْمَاعِ الناس على ذلك لِأَنَّهُمْ يَعْمَلُونَ

ذلك في سَائِرِ الْأَعْصَارِ من غَيْرِ نكير (((نكر))) وقد قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي على ضَلَالَةٍ وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما رَآهُ

الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وما رَآهُ الْمُسْلِمُونَ قَبِيحًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ قَبِيحٌ وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالْإِجْمَاعِ وَلِهَذَا تُرِكَ الْقِيَاسُ في دُخُولِ الْحَمَّامِ بِالْأَجْرِ من غَيْرِ بَيَانِ الْمُدَّةِ وَمِقْدَارِ الْمَاءِ الذي يُسْتَعْمَلُ وفي قَطْعِهِ الشَّارِبَ لِلسَّقَّاءِ من غَيْرِ بَيَانِ قَدْرِ الْمَشْرُوبِ وفي شِرَاءِ الْبَقْلِ وَهَذِهِ الْمُحَقَّرَاتُ كَذَا هذا وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إلَيْهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قد يَحْتَاجُ إلَى خُفٍّ أو نَعْلٍ من جِنْسٍ مَخْصُوصٍ وَنَوْعٍ مَخْصُوصٍ على قَدْرٍ مَخْصُوصٍ وَصِفَةٍ مَخْصُوصةٍ وَقَلَّمَا يَتَّفِقُ وُجُودُهُ مَصْنُوعًا فَيَحْتَاجُ إلَى أَنْ يَسْتَصْنِعَ فَلَوْ لم يَجُزْ لَوَقَعَ الناس في الْحَرَجِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِ إنَّهُ مَعْدُومٌ لِأَنَّهُ أُلْحِقَ بِالْمَوْجُودِ لِمِسَاسِ الْحَاجَةِ إلَيْهِ كَالْمُسْلَمِ فيه فلم يَكُنْ بَيْعَ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ على الْإِطْلَاقِ وَلِأَنَّ فيه مَعْنَى عَقْدَيْنِ جَائِزَيْنِ وهو السَّلَمُ وَالْإِجَارَةُ لِأَنَّ السَّلَمَ عَقْدٌ على مَبِيعٍ في الذِّمَّةِ وَاسْتِئْجَارُ الصُّنَّاعِ يُشْتَرَطُ فيه الْعَمَلُ وما اشْتَمَلَ على مَعْنَى عَقْدَيْنِ جَائِزَيْنِ كان جَائِزًا

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِهِ فَمِنْهَا بَيَانُ جِنْسِ الْمَصْنُوعِ وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِدُونِهِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَجْرِي فيه التَّعَامُلُ بين الناس من أَوَانِي الْحَدِيدِ وَالرَّصَاصِ وَالنُّحَاسِ وَالزُّجَاجِ وَالْخِفَافِ وَالنِّعَالِ وَلُجُمِ الْحَدِيدِ لِلدَّوَابِّ وَنُصُولِ السُّيُوفِ وَالسَّكَاكِينِ وَالْقِسِيِّ وَالنَّبْلِ وَالسِّلَاحِ كُلِّهِ وَالطَّشْتِ وَالْقُمْقُمَةِ وَنَحْوِ ذلك وَلَا يَجُوزُ في الثِّيَابِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَهُ وَإِنَّمَا جَوَازُهُ اسْتِحْسَانًا لِتَعَامُلِ الناس وَلَا تَعَامُلَ في الثِّيَابِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ فيه أَجَلٌ فَإِنْ ضَرَبَ لِلِاسْتِصْنَاعِ أَجَلًا صَارَ سَلَمًا حتى يُعْتَبَرَ فيه شَرَائِطُ السَّلَمِ وهو قَبْضُ الْبَدَلِ في الْمَجْلِسِ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا إذَا سَلَّمَ الصَّانِعُ الْمَصْنُوعَ على الْوَجْهِ الذي شُرِطَ عليه في السَّلَمِ

وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ هذا ليس بِشَرْطٍ وهو اسْتِصْنَاعٌ على كل حَالٍ ضَرَبَ فيه أَجَلًا أو لم يَضْرِبْ وَلَوْ ضَرَبَ لِلِاسْتِصْنَاعِ فِيمَا لَا يَجُوزُ فيه الِاسْتِصْنَاعُ كَالثِّيَابِ وَنَحْوِهَا أَجَلًا يَنْقَلِبُ سَلَمًا في قولهم (((قولهما))) جميعا

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِضَرْبِ الْأَجَلِ في الِاسْتِصْنَاعِ وَإِنَّمَا يُقْصَدُ بِهِ تَعْجِيلُ الْعَمَلِ لَا تَأْخِيرُ الْمُطَالَبَةِ فَلَا يَخْرُجُ بِهِ عن كَوْنِهِ اسْتِصْنَاعًا أو يُقَالُ قد يُقْصَدُ بِضَرْبِ الْأَجَلِ تَأْخِيرُ الْمُطَالَبَةِ وقد يُقْصَدُ بِهِ تَعْجِيلُ الْعَمَلِ فَلَا يَخْرُجُ الْعَقْدُ عن مَوْضُوعِهِ مع الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ بِخِلَافِ مالا يَحْتَمِلُ الِاسْتِصْنَاعَ لِأَنَّ ما لَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِصْنَاعَ لَا يُقْصَدُ بِضَرْبِ الْأَجَلِ فيه تَعْجِيلُ الْعَمَلِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ بِالدَّيْنِ وَذَلِكَ بِالسَّلَمِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ إذَا ضَرَبَ فيه أَجَلًا فَقَدْ أَتَى بِمَعْنَى السَّلَمِ إذْ هو عَقْدٌ على مَبِيعٍ في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا وَالْعِبْرَةُ في الْعُقُودِ لِمَعَانِيهَا لَا لِصُوَرِ الْأَلْفَاظِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْعَ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ وَكَذَا الْإِجَارَةُ وَكَذَا النِّكَاحُ على أَصْلِنَا وَلِهَذَا صَارَ سَلَمًا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِصْنَاعَ كَذَا هذا وَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ يَخْتَصُّ بِالدُّيُونِ لِأَنَّهُ وُضِعَ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ وَتَأْخِيرُ الْمُطَالَبَةِ إنَّمَا يَكُونُ في عَقْدٍ فيه مُطَالَبَةٌ وَلَيْسَ ذلك إلَّا السَّلَمُ إذْ لَا دَيْنَ في الِاسْتِصْنَاعِ أَلَا تَرَى أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارَ الِامْتِنَاعِ من الْعَمَلِ قبل الْعَمَلِ بِالِاتِّفَاقِ ثُمَّ إذَا صَارَ سَلَمًا يُرَاعَى فيه شَرَائِطُ السَّلَمِ فَإِنْ وُجِدَتْ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الِاسْتِصْنَاعِ فَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُسْتَصْنِعِ في الْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ في الذِّمَّةِ وَثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلصَّانِعِ في الثَّمَنِ مِلْكًا غير لَازِمٍ على ما سَنَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الِاسْتِصْنَاعِ فَهِيَ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ قبل الْعَمَلِ في الْجَانِبَيْنِ

جميعا بِلَا خِلَافٍ حتى كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ الِامْتِنَاعِ قبل الْعَمَلِ كَالْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فيه الْخِيَارُ لِلْمُتَبَايِعَيْنِ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخَ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجُوزَ لِمَا قُلْنَا وَإِنَّمَا عَرَفْنَا جَوَازَهُ اسْتِحْسَانًا لِتَعَامُلِ الناس فَبَقِيَ اللُّزُومُ على أَصْلِ الْقِيَاسِ

وَأَمَّا بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْعَمَلِ قبل أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنِعُ فَكَذَلِكَ حتى كان لِلصَّانِعِ أَنْ يَبِيعَهُ مِمَّنْ شَاءَ كَذَا ذُكِرَ في الْأَصْلِ لِأَنَّ الْعَقْدَ ما وَقَعَ على عَيْنِ الْمَعْمُولِ بَلْ على مِثْلِهِ في الذِّمَّةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لو اشْتَرَى من مَكَان آخَرَ وسلم إلَيْهِ جَازَ وَلَوْ بَاعَهُ الصَّانِعُ وَأَرَادَ الْمُسْتَصْنِعُ أَنْ ينقض (((ينقص))) الْبَيْعَ ليس له ذلك وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ قبل الرُّؤْيَةِ فَهُوَ كَالْبَائِعِ إذَا اسْتَهْلَكَ الْمَبِيعَ قبل التَّسْلِيمِ كَذَا قال أبو يُوسُفَ فَأَمَّا إذَا أَحْضَرَ الصَّانِعُ الْعَيْنَ على الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ فَقَدْ سَقَطَ خِيَارُ الصَّانِعِ وَلِلْمُسْتَصْنِعِ الْخِيَارُ لِأَنَّ

(5/3)

الصَّانِعَ بَائِعٌ ما لم يَرَهُ فَلَا خِيَارَ له وَأَمَّا الْمُسْتَصْنِعُ فمشترى ما لم يَرَهُ فَكَانَ له الْخِيَارُ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه وَإِنْ كان مَعْدُومًا حَقِيقَةً فَقَدْ أُلْحِقَ بِالْمَوْجُودِ لِيُمْكِنَ الْقَوْلُ بِجَوَازِ الْعَقْدِ وَلِأَنَّ الْخِيَارَ كان ثَابِتًا لَهُمَا قبل الْإِحْضَارِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ لَازِمٍ فَالصَّانِعُ بِالْإِحْضَارِ أَسْقَطَ خِيَارَ نَفْسِهِ فَبَقِيَ خِيَارُ صَاحِبِهِ على حَالِهِ كَالْبَيْعِ الذي فيه شَرْطُ الْخِيَارِ لِلْعَاقِدَيْنِ إذَا أَسْقَطَ أَحَدُهُمَا خِيَارَهُ إنه يَبْقَى خِيَارُ الْآخَرِ كَذَا هذا

هذا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارَ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُمَا جميعا

وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الصَّانِعَ قد أَفْسَدَ مَتَاعَهُ وَقَطَعَ جِلْدَهُ وَجَاءَ بِالْعَمَلِ على الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ (فَلَوْ كان لِلْمُسْتَصْنِعِ الِامْتِنَاعُ من أَخْذِهِ لَكَانَ فيه إضْرَارٌ بِالصَّانِعِ بِخِلَافِ ما إذَا قَطَعَ الْجِلْدَ ولم يَعْمَلْ فقال الْمُسْتَصْنِعُ لَا أُرِيدُ لِأَنَّا لَا نَدْرِي أَنَّ الْعَمَلَ يَقَعُ على الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ أو لا فلم يَكُنْ الِامْتِنَاعُ منه إضْرَارًا بِصَاحِبِهِ فَثَبَتَ الْخِيَارُ

وَجْهُ رِوَايَةِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ في تَخْيِيرِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَفْعَ الضَّرَرِ عنه وإنه وَاجِبٌ وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ في إثْبَاتِ الْخِيَارِ لِلصَّانِعِ ما شُرِعَ له الِاسْتِصْنَاعُ وهو دَفْعُ حَاجَةِ الْمُسْتَصْنِعِ لِأَنَّهُ مَتَى ثَبَتَ الْخِيَارُ لِلصَّانِعِ فَكُلُّ ما فُرِّعَ عنه يَبْعُهُ من غَيْرِ الْمُسْتَصْنِعِ فَلَا تَنْدَفِعُ حَاجَةُ الْمُسْتَصْنِعِ

وَقَوْلُ أبي يُوسُفَ أَنَّ الصَّانِعَ يَتَضَرَّرُ بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ لِلْمُسْتَصْنِعِ مُسَلَّمٌ وَلَكِنَّ ضَرَرَ الْمُسْتَصْنِعِ بِإِبْطَالِ الْخِيَارِ فَوْقَ ضَرَرِ الصَّانِعِ بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ لِلْمُسْتَصْنِعِ لِأَنَّ الْمَصْنُوعَ إذَا لم يُلَائِمْهُ وَطُولِبَ بِثَمَنِهِ لَا يُمْكِنُهُ بَيْعُ الْمَصْنُوعِ من غَيْرِهِ بِقِيمَةِ مِثْلِهِ وَلَا يَتَعَذَّرُ ذلك على الصَّانِعِ لِكَثْرَةِ مُمَارَسَتِهِ وَانْتِصَابِهِ لِذَلِكَ وَلِأَنَّ الْمُسْتَصْنِعَ إذَا غَرِمَ ثَمَنَهُ ولم تَنْدَفِعْ حَاجَتُهُ لم يَحْصُلْ ما شُرِعَ له الِاسْتِصْنَاعُ وهو انْدِفَاعُ حَاجَتِهِ فَلَا بُدَّ من إثْبَاتِ الْخِيَارِ له وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ

فَإِنْ سَلَّمَ إلَى حَدَّادٍ حَدِيدًا لِيَعْمَلَ له إنَاءً مَعْلُومًا بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ أو جِلْدًا إلَى خَفَّافٍ لِيَعْمَلَ له خُفًّا مَعْلُومًا بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَلَا خِيَارَ فيه لِأَنَّ هذا ليس بِاسْتِصْنَاعٍ بَلْ هو اسْتِئْجَارٌ فَكَانَ جَائِزًا فَإِنْ عَمِلَ كما أُمِرَ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ

وَإِنْ فسد (((أفسد))) فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ حَدِيدًا مثله لِأَنَّهُ لَمَّا أَفْسَدَهُ فَكَأَنَّهُ أَخَذَ حَدِيدًا له وَاتَّخَذَ منه آنِيَةً من غَيْرِ إذْنِهِ وَالْإِنَاءُ لِلصَّانِعِ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ بِالضَّمَانِ
والله أعلم بالصواب
كِتَابُ الشُّفْعَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ وفي بَيَانِ ما يَتَأَكَّدُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَيَسْتَقِرُّ وفي بَيَانِ مايبطل بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ ما يُمْلَكُ بِهِ الْمَشْفُوعُ فيه وفي بَيَانِ طَرِيقِ التَّمْلِيكِ وَبَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ وفي بَيَانِ شَرْطِ التَّمَلُّكِ وفي بَيَانِ مايتملك بِهِ وفي بَيَانِ الْمُتَمَلِّكِ وفي بَيَانِ الْمُتَمَلَّكِ منه وفي بَيَانِ حُكْمِ اخْتِلَافِ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي وفي بَيَانِ الْحِيلَةِ في إبْطَالِ الشُّفْعَةِ وفي بَيَانِ أنها مَكْرُوهَةٌ أَمْ لَا
أَمَّا سَبَبُ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدِهِمَا في بَيَانِ مَاهِيَّةِ السَّبَبِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَسَبَبُ وجود (((وجوب))) الشُّفْعَةِ أَحَدُ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ الشَّرِكَةُ في مِلْكِ الْمَبِيعِ وَالْخُلْطَةُ وَهِيَ الشَّرِكَةُ في حُقُوقِ الْمِلْكِ وَالْجِوَارُ وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ الشَّرِكَةُ وَالْجِوَارُ ثُمَّ الشَّرِكَةُ نَوْعَانِ شَرِكَةٌ في مِلْكِ الْمَبِيعِ وَشَرِكَةٌ في حُقُوقِهِ كَالشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وقال الشَّافِعِيُّ السَّبَبُ هو الشَّرِكَةُ في مِلْكِ الْمَبِيعِ لَا غَيْرُ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ عِنْدَهُ بِالْخُلْطَةِ وَلَا بِالْجِوَارِ
احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال إنَّمَا الشُّفْعَةُ في ما لم يُقْسَمْ فإذا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وَصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ فَصَدْرُ الحديث إثْبَاتُ الشُّفْعَةِ في غَيْرِ الْمَقْسُومِ وَنَفْيُهَا في الْمَقْسُومِ لِأَنَّ كَلِمَةَ إنَّمَا لِإِثْبَاتِ الْمَذْكُورِ وَنَفْيِ ما عَدَاهُ وَآخِرُهُ نَفْيُ الشُّفْعَةِ عِنْدَ وُقُوعِ الْحُدُودِ وَصَرْفِ الطُّرُقِ وَالْحُدُودُ بين الْجَارَيْنِ وَاقِعَةٌ وَالطُّرُقُ مَصْرُوفَةٌ فَكَانَتْ الشُّفْعَةُ مَنْفِيَّةً وَلِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكُ مَالِ الْمُشْتَرِي من غَيْرِ رِضَاهُ وَعِصْمَةُ مِلْكِهِ وَكَوْنُ التَّمَلُّكِ إضْرَارًا يَمْنَعُ من ذلك فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَثْبُتَ حَقُّ الْأَخْذِ أَصْلًا إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا ثُبُوتَهُ فِيمَا لم يُقْسَمْ بِالنَّصِّ غير مَعْقُولِ الْمَعْنَى فَبَقِيَ الْأَمْرُ في الْمَقْسُومِ على الْأَصْلِ أو ثَبَتَ مَعْلُولًا بِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ وهو ضَرَرُ الْقِسْمَةِ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا لَازِمًا لَا يُمْكِنُ دَفْعُهُ إلَّا

بِالشُّفْعَةِ فَأَمَّا ضَرَرُ الْجِوَارِ فَلَيْسَ بِلَازِمٍ بَلْ هو مُمْكِنُ الدَّفْعِ بِالرَّفْعِ إلَى السُّلْطَانِ وَالْمُقَابَلَةِ بِنَفْسِهِ فَلَا حَاجَةَ إلَى دَفْعِهِ بِالشُّفْعَةِ
وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّهُ سُئِلَ رسول اللَّهِ عن أَرْضٍ بِيعَتْ وَلَيْسَ لها شَرِيكٌ وَلَهَا جَارٌ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهَا وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ
وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ وَالصَّقَبُ الْمُلَاصِقُ أَيْ أَحَقُّ بِمَا يَلِيهِ وَبِمَا يَقْرَبُ منه وَرُوِيَ الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ إنَّمَا يَثْبُتُ لِدَفْعِ أَذَى الدَّخِيلِ وَضَرَرِهِ وَذَلِكَ مُتَوَقَّعُ الْوُجُودِ عِنْدَ الْمُجَاوَرَةِ فَوُرُودُ الشَّرْعِ هُنَاكَ يَكُونُ وُرُودًا هُنَا دَلَالَةً وَتَعْلِيلُ النَّصِّ

بِضَرَرِ الْقِسْمَةِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَيْسَتْ بِضَرَرٍ بَلْ هِيَ تَكْمِيلُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ وَهِيَ ضَرَرٌ غَيْرُ وَاجِبِ الدَّفْعِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مَشْرُوعَةٌ وَلِهَذَا لم تَجِبْ الشُّفْعَةُ بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ في الْعُرُوضِ دَفْعًا لِضَرَرِ الْقِسْمَةِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ يُمْكِنُ دَفْعُ الضَّرَرِ بِالْمُقَابَلَةِ بِنَفْسِهِ وَالْمُرَافَعَةِ إلَى السُّلْطَانِ فَنَقُولُ وقد لَا يَنْدَفِعُ بِذَلِكَ وَلَوْ انْدَفَعَ فَالْمُقَابَلَةُ وَالْمُرَافَعَةُ في نَفْسِهَا ضَرَرٌ وَضَرَرُ الْجَارِ السُّوءِ يَكْثُرُ وُجُودُهُ في كل سَاعَةٍ فَيَبْقَى في ضَرَرٍ دَائِمٍ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَيْسَ في صَدْرِهِ نَفْيُ الشُّفْعَةِ عن الْمَقْسُومِ لِأَنَّ كَلِمَةَ إنَّمَا لَا تَقْتَضِي نَفْيَ غَيْرِ الْمَذْكُورِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنَّمَا أنا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ } وَهَذَا لَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَشَرًا مثله وَآخِرُهُ حُجَّةٌ عليه لِأَنَّهُ عَلَّقَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُقُوطَ الشُّفْعَةِ بِشَرْطَيْنِ وُقُوعِ الْحُدُودِ وَصَرْفِ الطُّرُقِ وَالْمُعَلَّقُ بِشَرْطَيْنِ لَا يُتْرَكُ عِنْدَ وُجُودِ أَحَدِهِمَا وَعِنْدَهُ يَسْقُطُ بِشَرْطٍ وَاحِدٍ وهو وُقُوعُ الْحُدُودِ وَإِنْ لم تُصْرَفْ الطُّرُقُ ثُمَّ هو مُؤَوَّلٌ وَتَأْوِيلُهُ فإذا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فَتَبَايَنَتْ وَصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَتَبَاعَدَتْ فَلَا شُفْعَةَ أو لَا شُفْعَةَ مع وُجُودِ من لم يَنْفَصِلْ حَدُّهُ وَطَرِيقُهُ فَلَا شُفْعَةَ بِالْقِسْمَةِ كما لَا شُفْعَةَ بِالرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ في الْقِسْمَةِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فَكَانَ مَوْضِعَ الْإِشْكَالِ فَأَخْبَرَ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لِيَزُولَ الْإِشْكَالُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ
وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ السَّبَبِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدِهِمَا يَعُمُّ حَالَ انْفِرَادِ الْأَسْبَابِ وَاجْتِمَاعِهَا
وَالثَّانِي يَخُصُّ حالَ (((حالة))) الِاجْتِمَاعِ
أَمَّا الذي يَعُمُّ الْحَالَيْنِ جميعا فَهُوَ أَنَّ السَّبَبَ أَصْلُ الشَّرِكَةِ لَا قَدْرُهَا وَأَصْلُ الْجِوَارِ لَا قَدْرُهُ حتى لو كان لِلدَّارِ شَرِيكٌ وَاحِدٌ أو جَارٌ وَاحِدٌ أَخَذَ كُلَّ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ كَثُرَ شَرِكَتُهُ وَجِوَارُهُ أو قَلَّ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ قَوْلُ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في قِسْمَةِ الشُّفْعَةِ بين الشُّرَكَاءِ عِنْدَ اتِّحَادِ السَّبَبِ وهو الشَّرِكَةُ أو الْجِوَارُ أنها تُقَسَّمُ على عَدَدِ الرؤوس لَا على قَدْرِ الشَّرِكَةِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ على قَدْرِ الشَّرِكَةِ في مِلْكِ الْمَبِيعِ حتى لو كانت الدَّارُ بين ثَلَاثَةِ نَفَرٍ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا وَلِآخَرَ سُدُسُهَا فَبَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ نَصِيبَهُ كانت الشُّفْعَةُ بين الْبَاقِينَ نِصْفَيْنِ عِنْدَنَا على عَدَدِ الرؤس وَعِنْدَهُ أَثْلَاثًا ثُلُثَاهُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ وَثُلُثُهُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ على قَدْرِ الشَّرِكَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ من حُقُوقِ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لِتَكْمِيلِ مَنَافِعِ الْمِلْكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْمِلْكِ كَالثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ
وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ في مَوْضِعِ الشَّرِكَةِ أَصْلُ الشَّرِكَةِ وقد اسْتَوَيَا فيه فَيَسْتَوِيَانِ في الِاسْتِحْقَاقِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّ السَّبَبَ أَصْلُ الشَّرِكَةِ دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ أَمَّا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ فَلِأَنَّ الشَّفِيعَ إذَا كان وَاحِدًا يَأْخُذُ كُلَّ الدَّارِ

بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ كان السَّبَبُ قَدْرَ الشَّرِكَةِ لَتَقَدَّرَ حَقُّ الْأَخْذِ بِقَدْرِهَا
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إنَّمَا يَثْبُتُ لِدَفْعِ أَذَى الدَّخِيلِ وَضَرَرِهِ وَالضَّرَرُ لَا يَنْدَفِعُ إلَّا بِأَخْذِ كل الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ فَدَلَّ أَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ في الشَّرِكَةِ هو أَصْلُ الشَّرِكَةِ وقد اسْتَوَيَا فيه فَبَعْدَ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا الْكُلَّ

دُونَ صَاحِبِهِ وَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْكُلَّ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من صَاحِبِهِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِاسْتِحَالَةِ تَمَلُّكِ دَارٍ وَاحِدَةٍ في زَمَانٍ وَاحِدٍ من اثْنَيْنِ على الْكَمَالِ فَتُنَصَّفُ بَيْنَهُمَا عَمَلًا بِكَمَالِ السَّبَبِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَمِثْلُ هذا جَائِزٌ فإن من هَلَكَ عن ابْنَيْنِ كان مِيرَاثُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّ بُنُوَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ لِاسْتِحْقَاقِ كل الْمِيرَاثِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُ الْمِلْكِ في مَالٍ وَاحِدٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ لِتَضَايُقِ الْمَحَلِّ فَيُنَصَّفُ بَيْنَهُمَا فَكَذَا هذا

وَكَذَلِكَ إذَا كان لِدَارٍ واحد (((واحدة))) شَفِيعَانِ جَارَانِ جِوَارُهُمَا على التَّفَاوُتِ بِأَنْ كان جِوَارُ أَحَدِهِمَا بِخَمْسَةِ أَسْدَاسِ الدَّارِ وَجِوَارُ الْآخَرِ لِسُدُسِهَا كانت الشُّفْعَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا في سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وهو أَصْلُ الْجِوَارِ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا كان لِلدَّارِ شَفِيعَانِ فَأَسْقَطَ أَحَدُهُمَا الشُّفْعَةَ أَنَّ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ لِوُجُودِ سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ لِلْكُلِّ في حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِنَّمَا الْقِسْمَةُ لِلتَّزَاحُمِ وَالتَّعَارُضِ على ما بَيَّنَّا فإذا أَسْقَطَ أَحَدُهُمَا زَالَ التَّزَاحُمُ وَالتَّعَارُضُ فَظَهَرَ حَقُّ الْآخَرِ في الْكُلِّ فَيَأْخُذَ الْكُلَّ

وَكَذَلِكَ لو كان الشُّفَعَاءُ جَمَاعَةً فَأَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ فَلِلْبَاقِينَ أَنْ يَأْخُذُوا الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ كان الدار (((للدار))) شَفِيعَانِ وَأَحَدُهُمَا غَائِبٌ فللحاضران (((فللحاضر))) أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْحَقِّ على الْكَمَالِ وُجِدَ في حَقِّهِ وقد تَأَكَّدَ حَقُّهُ بِالطَّلَبِ ولم يُعْرَفْ تَأَكُّدُ حَقِّ الْغَائِبِ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ يُحْتَمَلُ أَنْ يَطْلُبَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَطْلُبَ أو يُعْرِضَ فلم يَقَعْ التَّعَارُضُ وَالتَّزَاحُمُ فَلَا يَمْنَعُ الْحَاضِرَ من اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ الثَّابِتِ الْمُتَأَكِّدِ بِحَقٍّ يَحْتَمِلُ التَّأَكُّدَ وَالْعَدَمَ بَلْ يقضي له بِالْكُلِّ عَمَلًا بِكَمَالِ السَّبَبِ من غَيْرِ تَعَارُضٍ بِخِلَافِ ما إذَا كان لِرَجُلَيْنِ على رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَهَلَكَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَحَدُ صَاحِبَيْ الدَّيْنِ غَائِبٌ أَنَّهُ لَا يُسَلَّمُ إلَى الْحَاضِرِ إلَّا خَمْسَمِائَةٍ لِأَنَّ هُنَاكَ حَقُّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي حَقَّ الْآخَرِ في التَّأَكُّدِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا على السَّوِيَّةِ لِوُقُوعِ التَّعَارُضِ وَالتَّزَاحُمِ

وَكَذَلِكَ لو كان لِلدَّارِ شُفَعَاءُ بَعْضُهُمْ غَائِبٌ وَبَعْضُهُمْ حَاضِرٌ يقضي بِالدَّارِ بين الْحُضُورِ على عَدَدِ رؤسهم لِمَا قُلْنَا وَلَوْ جَعَلَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ لِبَعْضٍ لم يَصِحَّ جَعْلُهُ في حَقِّ غَيْرِهِ وَسَقَطَ حَقُّ الْجَاعِلِ وَقُسِّمَتْ على عَدَدِ رؤوس من بَقِيَ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ لِأَنَّهُ ليس بِأَمْرٍ ثَابِتٍ في الْمَحَلِّ فَبَطَلَ الْجَعْلُ في حَقِّ غَيْرِهِ وَسَقَطَ حَقُّهُ لِكَوْنِ الْجَعْلِ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ وَبَقِي كُلُّ الدَّارِ بين الْبَاقِينَ فَيُقَسِّمُونَهَا على عَدَدِ الرؤس لِمَا ذَكَرْنَا

وَلَوْ كان أَحَدُهُمْ حَاضِرًا فَقُضِيَ له بِكُلِّ الدَّارِ ثُمَّ جاء آخَرُ يقضي له بِنِصْفِ ما في يَدِ الْحَاضِرِ فَإِنْ جاء ثَالِثٌ يقضي له بِثُلُثِ ما في يَدِ كُلٍّ مِنْهُمَا لِوُقُوعِ التَّعَارُضِ وَالتَّزَاحُمِ لِاسْتِوَاءِ الْكُلِّ في سَبَبِ ثُبُوتِ الْحَقِّ وَتَأَكُّدِهِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمْ على السَّوِيَّةِ

وَلَوْ أَخَذَ الْحَاضِرُ الْكُلَّ ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ وَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ فقال له الْحَاضِرُ أنا أُسَلِّمُ لَك الْكُلَّ فَإِمَّا أَنْ تَأْخُذَ أو تَدَعَ فَلَيْسَ له ذلك وَلِلَّذِي قَدِمَ أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَمَّا قَضَى لِلْحَاضِرِ بِكُلِّ الدَّارِ تَضَمَّنَ قَضَاؤُهُ بُطْلَانَ حَقِّ الْغَائِبِ عن النِّصْفِ وَصَارَ الْغَائِبُ مَقْضِيًّا عليه في ضِمْنِ الْقَضَاءِ لِلْحَاضِرِ بِالْكُلِّ فَبَعْدَ ذلك وَإِنْ بَطَلَ الْقَضَاءُ لَكِنَّ الْحَقَّ بَعْدَمَا بَطَلَ لَا يُتَصَوَّرُ عَوْدُهُ وَلَوْ قَضَى بِالدَّارِ لِلْحَاضِرِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ فَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ إلَّا نِصْفَ الدَّارِ سَوَاءٌ كان الرَّدُّ بِالْعَيْبِ بِقَضَاءٍ أو بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَسَوَاءٌ كان

قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَمَّا قَضَى الْقَاضِي لِلْحَاضِرِ بِكُلِّ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ فَقَدْ أَبْطَلَ حَقَّ الْغَائِبِ عن النِّصْفِ وَصَارَ هو مَقْضِيًّا عليه ضَرُورَةَ الْقَضَاءِ على الْمُشْتَرِي فَبَطَلَتْ شُفْعَتُهُ في هذا النِّصْفِ فَلَا يُحْتَمَلُ الْعَوْدُ سَوَاءٌ كان الرَّدُّ بِالْعَيْبِ بِقَضَاءٍ أو بِغَيْرِ قَضَاءٍ لِأَنَّهُ إنَّمَا بَطَلَ حَقُّهُ في النِّصْفِ بِالْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالشُّفْعَةِ لم يَكُنْ وَكَذَا يَسْتَوِي فيه الرَّدُّ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ أَرَادَ الْغَائِبُ أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ بِرَدِّ الْحَاضِرِ بِالْعَيْبِ وَيَدَعَ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ يَنْظُرُ إنْ كان الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَلَهُ ذلك لِأَنَّ الرَّدَّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بَيْعٌ مُطْلَقٌ فَكَانَ بَيْعًا جَدِيدًا في حَقِّ الشُّفْعَةِ فَيَأْخُذَ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ كما يَأْخُذُ بِالْبَيْعِ المبتدأ هَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ وَأَطْلَقَ الْجَوَابَ ولم يُفَصِّلْ بَيْنَمَا إذَا كان الرَّدُّ بِالْعَيْبِ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ من مَشَايِخِنَا من قال ما ذُكِرَ من الْجَوَابِ مَحْمُولٌ على ما بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّ الرَّدَّ قبل الْقَبْضِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بَيْعٌ جَدِيدٌ وَبَيْعُ الْعَقَارِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ على أَصْلِهِ وَإِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إطْلَاقُ الْجَوَابِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُف رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وَمِنْهُمْ من قال يَسْتَقِيمُ على مَذْهَبِ الْكُلِّ لِأَنَّ رِضَا الشَّفِيعِ هَهُنَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا في التَّمْلِيكِ فَكَانَ رِضَاهُ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ وَإِنْ كان بِقَضَاءٍ فَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَ لِأَنَّهُ فَسْخٌ مُطْلَقٌ وَرَفْعُ الْعَقْدِ من الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ يَخْتَصُّ بِالْبَيْعِ

وَلَوْ أطلع الْحَاضِرُ على عَيْبٍ قبل أَنْ يقضي له بِالشُّفْعَةِ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكُلَّ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الْقَاضِيَ إذَا لم يَقْضِ بِالشُّفْعَةِ لِلْحَاضِرِ لم يَبْطُلْ حَقُّ الْغَائِبِ بَلْ بقى في كل الدَّارِ لِوُجُودِ سَبَبِ اسْتِحْقَاقِ الْكُلِّ إلَّا أَنَّهُ لم يَظْهَرْ لِمُزَاحَمَةِ الْحَاضِرِ في الْكُلِّ وَبِالتَّسْلِيمِ زَالَتْ الْمُزَاحَمَةُ فَظَهَرَ حَقُّ الْغَائِبِ في كل الدَّارِ

وَلَوْ رَدَّ الْحَاضِرُ الدَّارَ بِالْعَيْبِ بعدما قضى له بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ حَضَرَ شَفِيعَانِ أَخَذَا ثُلُثَيْ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ وَالْحُكْمُ في الإثنين وَالثَّلَاثِ سَوَاءٌ يَسْقُطُ حَقُّ الْغَائِبِ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْحَاضِرِ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَا لو كان الشَّفِيعُ الْحَاضِرُ اشْتَرَى الدَّارَ من الْمُشْتَرِي ثُمَّ حَضَرَ الْغَائِبُ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّ الدَّارِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّهَا بِالْبَيْعِ

(5/6)

الثَّانِي أَمَّا الْأَخْذُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَلِأَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ في الشُّفْعَةِ قد بَطَلَ بِالشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي لِكَوْنِ الشِّرَاءِ منه دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ فَزَالَتْ الْمُزَاحَمَةُ الْمُوجِبَةُ لِلْقِسْمَةِ فَبَقِيَ حَقُّ الْغَائِبِ في كل الدَّارِ فَيَأْخُذُ الْكُلَّ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ إنْ شَاءَ بِخِلَافِ الشَّفِيعِ إذَا اشْتَرَى الدَّارَ الْمَشْفُوعَةَ من صَاحِبِهَا أَنَّهُ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ لِأَنَّ الْبُطْلَانَ بِالْإِقْدَامِ على الشِّرَاءِ وَلَا حَقَّ له قبل الشِّرَاءِ لِيَبْطُلَ بِهِ

وَأَمَّا الْأَخْذُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي فَلِأَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِيَ وُجِدَ وَلَا حَقَّ لِلْحَاضِرِ في الشُّفْعَةِ لِصَيْرُورَتِهِ مُعْرِضًا بِالشِّرَاءِ فَيَظْهَرُ حَقُّ الْأَخْذِ بِالْكُلِّ وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ شَفِيعًا لِلدَّارِ فَاشْتَرَاهَا الشَّفِيعُ الْحَاضِرُ منه ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الدَّارِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّهَا بِالْبَيْعِ الثَّانِي

أَمَّا أَخْذُ النِّصْفِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ الْأَوَّلَ لم يَثْبُتْ له حَقٌّ قبل الشِّرَاءِ

حتى يَكُونَ بِشِرَائِهِ مُعْرِضًا عنه فإذا بَاعَهُ من الشَّفِيعِ الْحَاضِرِ لم يَثْبُتْ لِلْغَائِبِ إلَّا مِقْدَارُ ما كان يَخُصُّهُ بِالْمُزَاحَمَةِ مع الْأَوَّلِ وهو النِّصْفُ
وَأَمَّا أَخْذُ الْكُلِّ بِالْعَقْدِ الثَّانِي فَلِأَنَّ السَّبَبَ عِنْدَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ أَوْجَبَ الشُّفْعَةَ لِلْكُلِّ في الدَّارِ وقد بَطَلَ حَقُّ الشَّفِيعِ الْحَاضِرِ بِالشِّرَاءِ لِكَوْنِ الشِّرَاءِ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ فَبَقِيَ حَقُّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَالْغَائِبِ في كل الدَّارِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا لِلتَّزَاحُمِ
فَيَأْخُذُ الْغَائِبُ نِصْفَ الدَّارِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكُلَّ بِالْعَقْدِ الثَّانِي لِأَنَّ السَّبَبَ عِنْدَ الْعَقْدِ الثَّانِي أَوْجَبَ لِلشَّفِيعِ حَقَّ الشُّفْعَةِ ثُمَّ بَطَلَ حَقُّ الشَّفِيعِ الْحَاضِرِ عِنْدَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ولم يَتَعَلَّقْ بِإِقْدَامِهِ على الشِّرَاءِ الثَّانِي بِعَقْدِهِ حَقٌّ لِإِعْرَاضِهِ فَكَانَ لِلْغَائِبِ أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ الدَّارِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي
وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ أَجْنَبِيًّا اشْتَرَاهَا بِأَلْفٍ فَبَاعَهَا من أَجْنَبِيٍّ بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي لِوُجُودِ سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَشَرْطِهِ عِنْدَ كل وَاحِدٍ من الْبَيْعَيْنِ فَكَانَ له الْخِيَارُ فَإِنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ سَلَّمَ الثَّمَنَ إلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَالْعُهْدَةُ عليه وَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ الثَّانِي وَيَسْتَرِدُّ الْمُشْتَرِي الثَّانِي من الْأَوَّلِ وَإِنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي تَمَّ الْبَيْعَانِ جميعا وَالْعُهْدَةُ على الثَّانِي غير أَنَّهُ إنْ وَجَدَ الْمُشْتَرِيَ الثَّانِيَ وَالدَّارُ في يَدِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي سَوَاءٌ كان الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ حَاضِرًا أو غَائِبًا وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَلَيْسَ له ذلك حتى يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ وَالثَّانِي هَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي الْإِمَامُ الْإِسْبِيجَابِيُّ عليه الرَّحْمَةُ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ ولم يَحْكِ خِلَافًا
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ هذا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ حَضْرَةُ الْأَوَّلِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ من الذي في يَدِهِ وَيَدْفَعَ إلَيْهِ أَلْفًا وَيُقَالُ له اتْبَعْ الْأَوَّلَ وَخُذْ منه أَلْفًا وَإِنْ كان الثَّانِي اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ يُؤْخَذُ منه وَيَدْفَعُ إلَيْهِ أَلْفًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الدَّارِ فَلَا يُشْتَرَطُ لِاسْتِيفَائِهِ حَضْرَةُ الْمُشْتَرِي
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأَخْذَ من غَيْرِ حَضْرَةِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ يَكُونُ قَضَاءً على الْغَائِبِ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ على الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ على ما نَذْكُرهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَيَكُونُ قَضَاءً على الْغَائِبِ من غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَقَوْلُهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالْعَيْنِ مَمْنُوعٌ بَلْ لَا حَقَّ في الْعَيْنِ وَإِنَّمَا الثَّابِتُ حَقُّ التَّمْلِيكِ على الْمُشْتَرِي فَلَا بُدَّ من حَضْرَتِهِ وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي بَاعَ نِصْفَ الدَّارِ ولم يَبِعْ جَمِيعَهَا فَجَاءَ الشَّفِيعُ وَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ أَخَذَ جَمِيعَ الدَّارِ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ في النِّصْفِ الثَّانِي من الْمُشْتَرِي الثَّانِي لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الْجَمِيعِ وَشَرْطَهُ مَوْجُودٌ عِنْدَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ فإذا أَخَذَ الْكُلَّ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ انْفَسَخَ الْبَيْعُ في النِّصْفِ الثَّانِي من الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَ على حَقِّ الشَّفِيعِ في قَدْرِ النِّصْفِ
وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي فَلَهُ ذلك
لِأَنَّ شَرْطَ الِاسْتِحْقَاقِ وهو الْبَيْعُ وُجِدَ في النِّصْفِ وَبَطَلَتْ شُفْعَتُهُ في النِّصْفِ الذي في يَدِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ لِوُجُودِ دَلِيلِ الْإِعْرَاضِ
وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي لم يَبِعْ الدَّارَ وَلَكِنَّهُ وَهَبَهَا من رَجُلٍ أو تَصَدَّقَ بها على رَجُلٍ وَقَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ له أو الْمُتَصَدَّقُ عليه ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي وَالْمَوْهُوبُ له حَاضِرَانِ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ لَا بِالْهِبَةِ لِأَنَّ كَوْنَ الْعَقْدِ مُعَاوَضَةً من شَرَائِطِ الِاسْتِحْقَاقِ على ما نَذْكُرهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا بُدَّ من حَضْرَةِ الْمُشْتَرِي حتى لو حَضَرَ الشَّفِيعُ وَوَجَدَ الْمَوْهُوبَ له فَلَا خُصُومَةَ معه حتى يَجِدَ الْمُشْتَرِي فَيَأْخُذَهَا بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالثَّمَنُ لِلْمُشْتَرِي وَتَبْطُلُ الْهِبَةُ كَذَا ذَكَرَ

الْقَاضِي من غَيْرِ خِلَافٍ
وَأَمَّا الْكَرْخِيُّ فَقَدْ جَعَلَهُ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا أَنَّ الذي في يَدِهِ الدَّارُ وهو الْمَوْهُوب له

لم يَكُنْ خَصْمًا عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَكُونُ خَصْمًا كما في الْبَيْعِ وَلَوْ وَهَبَ الْمُشْتَرِي نِصْفَ الدَّارِ مَقْسُومًا وَسَلَّمَهُ إلَى الْمَوْهُوبِ له ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ وَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ الْبَاقِيَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ليس له ذلك وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ جَمِيعَ الدَّارِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أو يَدَعُ لِأَنَّ في أَخْذِ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي وإذا أَخَذَ الْكُلَّ بَطَلَتْ الْهِبَةُ وكان الثَّمَنُ كُلُّهُ لِلْمُشْتَرِي لَا لِلْمَوْهُوبِ له
وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ فَعَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي ولم يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَأَخَذَهَا بِقَضَاءٍ أو بِغَيْرِ قَضَاءٍ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ كان بِأَلْفٍ فَلَيْسَ له أَنْ يَنْقُضَ أَخْذَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَهَا بِالْبَيْعِ الثَّانِي فَقَدْ مَلَكَهَا وَحَقُّ التَّمْلِيكِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ بَعْدَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ له لَا يُتَصَوَّرُ فَسَقَطَ حَقُّهُ في الشُّفْعَةِ في الْبَيْعِ الْأَوَّلِ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ له وَالثَّابِتُ ضَرُورَةً يَسْتَوِي فيه الْعِلْمُ وَالْجَهْلُ
فَإِنْ اشْتَرَاهَا بِأَلْفٍ ثُمَّ زَادَهُ في الثَّمَنِ أَلْفًا فَعَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْأَلْفَيْنِ ولم يَعْلَمْ أَنَّ الْأَلْفَ زِيَادَةٌ فَأَخَذَهَا بِأَلْفَيْنِ فإذا أَخَذَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي أَبْطَلَ الْقَاضِي الزِّيَادَةَ وَقَضَى له بِالْأَلْفِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ شَرْعًا في حَقِّ الشَّفِيعِ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِالزِّيَادَةِ قَضَاءً بِمَا ليس بِثَابِتٍ فَيُبْطِلُهَا الْقَاضِي وَإِنْ أَخَذَهَا بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَلَيْسَ له أَنْ يَنْقُضَ أَخْذَهُ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِمَنْزِلَةِ شِرَاءٍ مبتدأ فَسَقَطَ حَقُّهُ في الشُّفْعَةِ
وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي حين اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ نَاقَضَهُ الْبَيْعَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ فَأَخَذَ الشَّفِيعُ بِأَلْفَيْنِ ولم يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ثُمَّ عَلِمَ بِهِ لم يَكُنْ له أَنْ يَنْقُضَهُ سَوَاءٌ كان بِقَضَاءٍ أو بِغَيْرِ قَضَاءٍ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ بَيْعَانِ لَا يُمْكِنُ الْأَخْذُ بِهِمَا فإذا أَخَذَ بِأَحَدِهِمَا انْتَقَضَ الْآخَرُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وإذا كان لِلدَّارِ جَارَانِ أَحَدُهُمَا غَائِبٌ وَالْآخَرُ حَاضِرٌ فَخَاصَمَ الْحَاضِرُ إلَى قَاضٍ لَا يَرَى الشُّفْعَةَ بِالْجِوَارِ فَأَبْطَلَ شُفْعَتَهُ ثُمَّ حَضَرَ الْغَائِبُ فَخَاصَمَهُ إلَى قَاضٍ يَرَى الشُّفْعَةَ قَضَى له بِجَمِيعِ الدَّارِ لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي الْأَوَّلِ صادفت
(((صادف))) مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ فَنَفَذَ وَبَطَلَتْ شُفْعَةُ الْحَاضِرِ فبقي حَقُّ الْغَائِبِ في كل الدَّارِ لِوُجُودِ سَبَبِ اسْتِحْقَاقِ الْكُلِّ فَيَأْخُذُ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ كان الْقَاضِي الْأَوَّلُ قال أَبْطَلْتُ كُلَّ الشُّفْعَةِ التي تَتَعَلَّقُ بهذا الْبَيْعِ لم تَبْطُلْ شُفْعَةُ الْغَائِبِ كَذَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ وهو صَحِيحٌ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ على الْغَائِبِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَخُصُّ حَالَةَ الِاجْتِمَاعِ فَهُوَ أَنَّ أَسْبَابَ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ إذَا اجْتَمَعَتْ يُرَاعَى فيها التَّرْتِيبُ فَيُقَدَّمُ الْأَقْوَى فَالْأَقْوَى فَيُقَدَّمُ الشَّرِيكُ على الْخَلِيطِ وَالْخَلِيطُ على الْجَارِ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الشَّرِيكُ أَحَقُّ من الْخَلِيطِ وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ من غَيْرِهِ وَلِأَنَّ الْمُؤَثِّرَ في ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ هو دَفْعُ ضَرَرِ الدَّخِيلِ وَأَذَاهُ وَسَبَبُ وُصُولِ الضَّرَرِ وَالْأَذَى هو الِاتِّصَالُ وَالِاتِّصَالُ على هذه الْمَرَاتِبِ فَالِاتِّصَالُ بِالشَّرِكَةِ في عَيْنِ الْمَبِيعِ أَقْوَى من الِاتِّصَالِ بِالْخَلْطِ

وَالِاتِّصَالُ بِالْخَلْطِ أَقْوَى من الِاتِّصَالِ بِالْجِوَارِ وَالتَّرْجِيحُ بِقُوَّةِ التَّأْثِيرِ تَرْجِيحٌ صَحِيحٌ فَإِنْ سَلَّمَ الشَّرِيكُ وَجَبَتْ لِلْخَلِيطِ
وَإِنْ اجْتَمَعَ خَلِيطَانِ يُقَدَّمُ الْأَخَصُّ على الْأَعَمِّ وَإِنْ سَلَّمَ الْخَلِيطُ وَجَبَتْ لِلْجَارِ لِمَا قُلْنَا وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا سَلَّمَ الشَّرِيكُ فَلَا شُفْعَةَ لِغَيْرِهِ
وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُف أَنَّ الْحَقَّ عِنْدَ الْبَيْعِ كان لِلشَّرِيكِ لَا لِغَيْرِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ غَيْرَهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ فإذا سَلَّمَ سَقَطَ الْحَقُّ أَصْلًا وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من هذه الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ سَبَبٌ صَالِحٌ لِلِاسْتِحْقَاقِ إلَّا أَنَّهُ يُرَجَّحُ الْبَعْضُ على الْبَعْضِ لِقُوَّةٍ في التَّأْثِيرِ على ما بَيَّنَّا فإذا سَلَّمَ الشَّرِيكُ الْتَحَقَتْ شَرِكَتُهُ بِالْعَدَمِ وَجُعِلَتْ كَأَنَّهَا لم تَكُنْ فَيُرَاعَى التَّرْتِيبُ في الْبَاقِي كما لو اجْتَمَعَتْ الْخُلْطَةُ وَالْجِوَارُ ابْتِدَاءً
وَبَيَانُ هذا في مَسَائِلَ دَارٌ بين رَجُلَيْنِ في سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ طَرِيقُهَا من هذه السِّكَّةِ بَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَالشُّفْعَةُ لِشريكة لِأَنَّ شريكته (((شركته))) في عَيْنِ الدَّارِ وَشَرِكَةَ أَهْلِ السِّكَّةِ في الْحُقُوقِ فَكَانَ الشَّرِيكُ في عَيْنِ الدَّارِ أَوْلَى بِالشُّفْعَةِ فإذا سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِأَهْلِ السِّكَّةِ كُلِّهِمْ يَسْتَوِي فيه الْمُلَاصِقُ وَغَيْرُ الْمُلَاصِقِ لِأَنَّهُمْ كلهم خُلَطَاءُ في الطَّرِيقِ فَإِنْ سَلَّمُوا فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ
افذة (((الملاصق))) طريقها (((وعلى))) من هذه السِّكَّةِ باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكة لأن شريكته في عين الدار وشركة أهل السكة في (((سكة))) الحقوق (((أخرى))) فكان الشريك
(((نافذة))) في (((فبيعت))) عين (((دار))) الدار (((فيها))) أولى بالشفعة فإذا سلم فَالشُّفْعَةُ لِأَهْلِ السِّكَّةِ كلهم (((خاصة)))
يستوي فيه (((خلطة))) الملاصق (((أهل))) وغير (((هذه))) الملاصق (((السكة))) لأنهم (((السفلى))) كلهم (((أخص)))
خلطاء في الطريق (((السكة))) فإن (((العليا))) سلموا
(((استوى))) فالشفعة للجار (((شفعتها))) فعتها أَهْلُ السِّكَّةِ الْعُلْيَا وَأَهْلُ السِّكَّةِ السُّفْلَى لِأَنَّ خُلْطَتَهُمْ في السِّكَّةِ الْعُلْيَا سَوَاءٌ فَيَسْتَوُونَ في الِاسْتِحْقَاقِ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَهْلُ الدَّرْبِ يَسْتَحِقُّونَ الشُّفْعَةَ بِالطَّرِيقِ إذَا كان مِلْكَهُمْ أو كان فاء (((فناء))) غير مَمْلُوكٍ أَمَّا إذَا كان مِلْكًا لهم فَظَاهِرٌ

لِوُجُودِ الْخُلْطَةِ وَهِيَ الشَّرِكَةُ في الطَّرِيقِ وَأَمَّا إذَا كان فِنَاءً غير مَمْلُوكٍ فَلِأَنَّهُمْ أَخَصُّ بِهِ من غَيْرِهِمْ فَكَانَ في مَعْنَى الْمَمْلُوكِ وان كانت السِّكَّةُ نَافِذَةً فَبِيعَتْ دَارٌ فيها فَلَا شُفْعَةَ إلَّا لِلْجَارِ الْمُلَاصِقِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ الْعَامَّةَ إبَاحَةٌ مَعْنًى لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كان مَمْلُوكًا فَهُوَ في حُكْمِ غَيْرِ النَّافِذِ وَالطَّرِيقُ النَّافِذُ الذي لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ مالا يَمْلِكُ أَهْلُهُ سَدَّهُ لِأَنَّهُ إذَا كان كَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ جَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَتْ شَرِكَتُهُ عَامَّةً فَيُشْبِهُ الْإِبَاحَةَ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ النَّهْرُ إذَا كان صَغِيرًا يُسْقَى منه أَرَاضٍ مَعْدُودَةٌ أو كُرُومٌ مَعْدُودَةٌ فَبِيعَ أَرْضٌ منها أو كَرْمٌ إن الشُّرَكَاءَ في النَّهْرِ كُلَّهُمْ شُفَعَاءُ يَسْتَوِي الْمُلَاصِقُ وَغَيْرُ الْمُلَاصِقِ لِاسْتِوَائِهِمْ في الْخُلْطَةِ وَهِيَ الشَّرِكَةُ في الشُّرْبِ وَإِنْ

كان النَّهْرُ كَبِيرًا فَالشُّفْعَةُ لِلْجَارِ الْمُلَاصِقِ بِمَنْزِلَةِ الشَّوَارِعِ
وَاخْتُلِفَ في الْحَدِّ الْفَاصِلِ بين الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إذَا كان تَجْرِي فيه السُّفُنُ فَهُوَ كَبِيرٌ وَإِنْ كان لَا تَجْرِي فَهُوَ صَغِيرٌ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال لَا أَسْتَطِيعُ أَنْ أَحُدَّ هذا بِحَدٍّ هو عِنْدِي على ما أَرَى حين يَقَعُ ذلك
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ إنْ كان يُسْقَى منه مَرَاحَانِ أو ثَلَاثَةٌ أو بُسْتَانَانِ أو ثَلَاثَةٌ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ وما زَادَ على ذلك فَلَا كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رضي اللَّهُ عنه الِاخْتِلَافَ بين أَصْحَابِنَا وَالْقَاضِي لم يذكر خِلَافَهُمْ وَإِنَّمَا ذَكَرَ اخْتِلَافَ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ قال بَعْضُهُمْ إنْ كان شُرَكَاءُ النَّهْرِ بِحَيْثُ يُحْصَوْنَ فَهُوَ صَغِيرٌ وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَهُوَ كَبِيرٌ
وقال بَعْضُهُمْ إنْ كَانُوا مِائَةً فما دُونَهُمْ فَهُوَ صَغِيرٌ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ من مِائَةٍ فَهُوَ كَبِيرٌ وقال بَعْضُهُمْ هو مُفَوَّضٌ إلَى رَأْيِ الْقَاضِي فَإِنْ رَآهُ صَغِيرًا قَضَى بِالشُّفْعَةِ لِأَهْلِهِ وَإِنْ رَآهُ كَبِيرًا قَضَى بها لِلْجَارِ الْمُلَاصِقِ
وَلَوْ نَزَعَ من هذا النَّهْرِ نَهْرٌ آخَرُ فيه أَرْضُونَ أو بَسَاتِينُ وَكُرُومٌ فَبِيعَ أَرْضٌ أو بُسْتَانٌ شُرْبُهُ من هذا النَّهْرِ النَّازِعِ فَأَهْلُ هذا النَّهْرِ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ من أَهْلِ النَّهْرِ الْكَبِيرِ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ مُخْتَصُّونَ بِشُرْبِ النَّهْرِ النَّازِعِ فَكَانُوا أَوْلَى كما في السِّكَّةِ المتشعبة (((المنشعبة))) من سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَلَوْ بِيعَتْ أَرْضٌ على النَّهْرِ الْكَبِيرِ كان أَهْلُهُ وَأَهْلُ النَّهْرِ النَّازِعِ في الشُّفْعَةِ سَوَاءً لِاسْتِوَائِهِمْ في الشُّرْبِ
قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في قَرَاحٍ وَاحِدٍ في وَسَطِ سَاقِيَةٍ جَارِيَةٍ شُرْبُ هذا الْقَرَاحِ منها من الْجَانِبَيْنِ فَبِيعَ الْقَرَاحُ فَجَاءَ شَفِيعَانِ أَحَدُهُمَا يَلِي هذه النَّاحِيَةَ في الْقَرَاحِ وَالْآخَرُ يَلِي الْجَانِبَ الْآخَرَ قال هُمَا شَفِيعَانِ في الْقَرَاحِ وَلَيْسَتْ السَّاقِيَةُ بِحَائِلَةٍ لِأَنَّ السَّاقِيَةَ من حُقُوقِ هذا الْقَرَاحِ فَلَا يُعْتَبَرُ فَاصِلًا كَالْحَائِطِ الْمُمْتَدِّ وَلَوْ كانت هذه السَّاقِيَةُ بِجِوَارِ الْقَرَاحِ وَيَشْرَبُ منها أَلْفُ جَرِيبٍ من هذا الْقَرَاحِ فَأَصْحَابُ السَّاقِيَةِ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ من الْجَارِ لِأَنَّهُمْ شُرَكَاءُ في الشُّرْبِ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ لِمَا مَرَّ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال في دَارٍ بين رَجُلَيْنِ وَلِرَجُلٍ فيها طَرِيقٌ فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ من الدَّارِ أَنَّ الشَّرِيكَ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ من صَاحِبِ الطَّرِيقِ لِأَنَّ الشَّرِيكَ في عَيْنِ الْعَقَارِ أَحَقُّ من الْخَلِيطِ
وَكَذَلِكَ إذَا كانت الدَّارُ بين رَجُلَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا حَائِطٌ بِأَرْضِهِ في الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَبَاعَ الذي له شَرِكَةٌ في الْحَائِطِ نَصِيبَهُ من الدَّارِ وَالْحَائِطِ فَالشَّرِيكُ في الدَّارِ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ الدَّارِ وَالشَّرِيكُ في الْحَائِطِ أَوْلَى بِالْحَائِطِ لِأَنَّ الشَّرِيكَ في الْحَائِطِ ليس بِشَرِيكٍ في الدَّارِ بَلْ هو جَارٌ لِبَقِيَّةِ الدَّارِ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ وَكَذَلِكَ دَارٌ بين رَجُلَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا بِئْرٌ في الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَبَاعَ الذي له شَرِكَةٌ في الْبِئْرِ نَصِيبَهُ من الدَّارِ وَالْبِئْرِ فَالشَّرِيكُ في الدَّارِ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ الدَّارِ وَالشَّرِيكُ في الْبِئْرِ أَحَقُّ بِالْبِئْرِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّرِيكَ في الْبِئْرِ جَارٌ لِبَقِيَّةِ الدَّارِ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ
وَكَذَلِكَ سُفْلٌ بين رَجُلَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا عُلُوٌّ عليه بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَبَاعَ الذي له نَصِيبٌ في السُّفْلِ وَالْعُلُوِّ نَصِيبَهُ فَلِشَرِيكِهِ في السُّفْلِ الشُّفْعَةُ في السُّفْلِ وَلِشَرِيكِهِ في الْعُلُوِّ الشُّفْعَةُ في الْعُلُوِّ وَلَا شُفْعَةَ لِشَرِيكِهِ في السُّفْلِ في الْعُلُوِّ وَلَا لِشَرِيكِهِ في الْعُلُوِّ في السُّفْلِ لِأَنَّ شَرِيكَهُ في السُّفْلِ جَارُ الْعُلُوِّ وَشَرِيكُهُ في حُقُوقِ الْعُلُوِّ وَإِنْ كان طَرِيقُ الْعُلُوِّ فيه ليس بِشَرِيكٍ له في الْعُلُوِّ
وَالشَّرِيكُ في عَيْنِ الْبُقْعَةِ أو ما هو في مَعْنَى الْبُقْعَةِ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ
وَالشَّرِيكُ في الْحُقُوقِ وَشَرِيكُهُ في الْعُلُوِّ جَارٌ لِلسُّفْلِ أو شَرِيكُهُ في الْحُقُوقِ

إذَا كان طَرِيقُ الْعُلُوِّ في تِلْكَ الدَّارِ وَلَا شَرِكَةَ له في عَيْنِ الْبُقْعَةِ فَكَانَ الشَّرِيكُ في عَيْنِ الْبُقْعَةِ أَوْلَى
وَلَوْ كان لِرَجُلٍ عُلُوٌّ على دَارٍ وَطَرِيقُهُ فيها وَبَقِيَّةُ الدَّارِ لِآخَرَ فَبَاعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ الْعُلُوَّ بِطَرِيقِهِ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا شُفْعَةَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ في الْعُلُوِّ وفي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ من شَرَائِطِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ عَقَارًا وَالْعُلُوُّ

(5/9)

مَنْقُولٌ فَلَا تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ كما لَا تَجِبُ في سَائِرِ الْمَنْقُولَاتِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْعُلُوَّ في مَعْنَى الْعَقَارِ لِأَنَّ حَقَّ الْبِنَاءِ على السُّفْلِ حَقٌّ لَازِمٌ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ فَأَشْبَهَ الْعَقَارَ الذي لَا يَحْتَمِلُ الْهَلَاكَ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَقَارِ فيعطي حُكْمُهُ وَلَوْ كان طَرِيقُ هذا الْعُلُوِّ في دَارِ رَجُلٍ آخَرَ فَبِيعَ الْعُلُوُّ فَصَاحِبُ الدَّارِ التي فيها الطَّرِيقُ أَوْلَى بِشُفْعَةِ الْعُلُوِّ من صَاحِبِ الدَّارِ التي عليها الْعُلُوُّ لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ التي فيها الطَّرِيقُ شَرِيكٌ في الْحُقُوقِ وَصَاحِبُ الدَّارِ التي عليها الْعُلُوُّ جَارٌ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ فَإِنْ سَلَّمَ صَاحِبُ الطَّرِيقِ الشُّفْعَةَ فَإِنْ لم يَكُنْ لِلْعُلُوِّ جَارٌ مُلَاصِقٌ أَخَذَهُ صَاحِبُ الدَّارِ التي عليها الْعُلُوُّ بِالْجِوَارِ لِأَنَّهُ جَارُهُ وَإِنْ كان لِلْعُلُوِّ جَارٌ مُلَاصِقٌ أَخَذَهُ بِالشُّفْعَةِ مع صَاحِبِ السُّفْلِ لِأَنَّهُمَا جَارَانِ وَإِنْ لم يَكُنْ جَارُ الْعُلُوِّ مُلَاصِقًا وَبَيْنَ الْعُلُوِّ وَبَيْنَ مَسْكَنِهِ طَائِفَةٌ من الدَّارِ فَلَا شُفْعَةَ له لِأَنَّهُ ليس بِجَارٍ
وَلَوْ بَاعَ صَاحِبُ السُّفْلِ السُّفْلَ كان صَاحِبُ الْعُلُوِّ شَفِيعًا لِأَنَّهُ جَارُهُ وَلَيْسَ شَرِيكَهُ وهو كَدَارَيْنِ مُتَجَاوِرَتَيْنِ لِأَحَدِهِمَا خَشَبٌ على حَائِطِ الْآخَرِ إن صَاحِبَ الْخَشَبِ لَا يَسْتَحِقُّ إلَّا بِالْجِوَارِ وَلَا يَسْتَحِقُّ بِالْخَشَبِ شيئا وَلَوْ بِيعَتْ الدَّارُ التي فيها طَرِيقُ الْعُلُوِّ فَصَاحِبُ الْعُلُوِّ أَوْلَى بِشُفْعَةِ الدَّارِ من الْجَارِ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ في الْحُقُوقِ فَكَانَ مُقَدَّمًا على الْجَارِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال في بَيْتٍ عليه غُرْفَتَانِ إحْدَاهُمَا فَوْقَ الْأُخْرَى وَلِكُلِّ غُرْفَةٍ طَرِيقٌ في دَارٍ أُخْرَى وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا شَرِكَةٌ في الطَّرِيقِ فَبَاعَ صَاحِبُ الْبَيْتِ الْأَوْسَطِ بَيْتَهُ وسلم صَاحِبُ الطَّرِيقِ فَالشُّفْعَةُ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ وَلِصَاحِبِ السُّفْلِ جميعا لِاسْتِوَائِهِمَا في الجاور (((الجوار))) فَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ كانت الشُّفْعَةُ لِلْأَوْسَطِ دُونَ الْأَسْفَلِ لِأَنَّ الْجِوَارَ له لَا لِلْأَسْفَلِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال في دَارٍ فيها مَسِيلُ مَاءٍ لِرَجُلٍ آخَرَ فَبِيعَتْ الدَّارُ كانت له الشُّفْعَةُ بِالْجِوَارِ لَا بِالشَّرِكَةِ وَلَيْسَ الْمَسِيلُ كَالشُّرْبِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَسِيلِ مُخْتَصٌّ بِمَسِيلِ الْمَاءِ لَا شَرِكَةَ لِلْآخَرِ فيه فَصَارَ كَحَائِطٍ لِصَاحِبِ إحْدَى الدَّارَيْنِ في الْأُخْرَى وَلَوْ أَنَّ حَائِطًا بين دَارَيْ رَجُلَيْنِ وَالْحَائِطُ بَيْنَهُمَا فَصَاحِبُ الشِّرْكِ في الْحَائِطِ أَوْلَى بِالْحَائِطِ من الْجَارِ وَبَقِيَّةُ الدَّارِ يَأْخُذُهَا بِالْجِوَارِ مع الْجَارِ بَيْنَهُمَا هَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُف وَزُفَرَ رحمها (((رحمهما))) اللَّهُ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ الشَّرِيكَ في الْحَائِطِ أَوْلَى بِجَمِيعِ الدَّارِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الشَّرِيكَ في الْحَائِطِ شَرِيكٌ في بَعْضِ الْمَبِيعِ فَكَانَ أَوْلَى من الْجَارِ الذي لَا شَرِكَةَ له كَالشَّرِيكِ في الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الشَّرِيكَ في الْحَائِطِ شَرِيكٌ لَكِنْ في بُقْعَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَهِيَ

ما تَحْتَ الْحَائِطِ لَا في بَقِيَّةِ الدَّارِ بَلْ هو جَارٌ في بَقِيَّةِ الدَّارِ فَكَانَ أَوْلَى بِمَا هو شَرِيكٌ فيه وَبَقِيَّةُ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَارِ الْآخَرِ لِاسْتِوَائِهِمَا في الْجِوَارِ وَكَذَلِكَ الدَّارُ لِرَجُلٍ فيها بَيْتٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ فَبَاعَ الرَّجُلُ الدَّارَ وَطَلَبَ الْجَارُ الشُّفْعَةَ وَطَلَبَهَا الشَّرِيكُ في الْبَيْتِ فَصَاحِبُ الشَّرِكَةِ في الْبَيْتِ أَوْلَى بِالْبَيْتِ وَبَقِيَّةُ الدَّارِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ

قال الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ وَأَصَحُّ الرِّوَايَاتِ عن أبي يُوسُف أَنَّ الشَّرِيكَ في الْحَائِطِ أَوْلَى بِبَقِيَّةِ الدَّارِ من الْجَارِ لِمَا ذَكَرْنَا من تحقق (((تحقيق))) الشَّرِكَةِ في نَفْسِ الْمَبِيعِ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ قال وَعَنْ مُحَمَّدٍ مَسْأَلَةٌ تَدُلُّ على أَنَّ الشَّرِيكَ في الْحَائِطِ أَوْلَى فإنه قال في حَائِطٍ بين دَارَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عليه خَشَبَةٌ وَلَا يُعْلَم أَنَّ الْحَائِطَ بَيْنَهُمَا إلَّا بِالْخَشَبَةِ فَبِيعَتْ إحْدَى الدَّارَيْنِ قال فَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّ الْحَائِطَ بَيْنَهُمَا فَهُوَ أَحَقُّ من الْجَارِ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ وَإِنْ لم يُقِمْ بَيِّنَةً لم أَجْعَلْهُ شَرِيكًا وَقَوْلُهُ أَحَقُّ من الْجَارِ أَيْ أَحَقُّ بِالْجَمِيعِ لَا بِالْحَائِطِ خَاصَّةً وَهَذَا هو مُقْتَضَى ظَاهِرِ هذا الْإِطْلَاقِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ اشْتَرَى حَائِطًا بِأَرْضِهِ ثُمَّ اشْتَرَى ما بَقِيَ من الدَّارِ ثُمَّ طَلَبَ جَارُ الْحَائِطِ الشُّفْعَةَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ فينهما فهو (((الحائط))) أحق من (((شفعة))) الجار لأنه (((فيما))) شريك وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكا وقوله أحق من الجار أي أحق بالجميع لا بالحائط خاصة وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الإطلاق

وروي عن أبي يوسف فيمن اشترى حائطا بأرضه ثم اشترى ما بَقِيَ من الدَّارِ ثم طلب جار (((يكن))) الْحَائِطُ الشُّفْعَةُ فله الشفعة فجب الطَّرِيقِ الشُّفْعَةُ في الطَّرِيقِ لِأَنَّ الطَّرِيقَ إذَا كان مُعَيَّنًا كان بِمَنْزِلَةِ الْحَائِطِ على ما ذَكَرْنَا وَهَذَا على الرِّوَايَةِ التي تَقُولُ الشَّرِيكُ في الْحَائِطِ جَارٌ في بَقِيَّةِ الدَّارِ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ فَأَنْوَاعٌ منها عَقْدُ الْمُعَاوَضَةِ وهو الْبَيْعُ أو ما هو في مَعْنَاهُ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ

فِيمَا ليس بِبَيْعٍ وَلَا بِمَعْنَى الْبَيْعِ حتى لَا تَجِبَ بِالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ لِأَنَّ الأخذ بِالشُّفْعَةِ يَمْلِكُ على الْمَأْخُوذِ منه بِمِثْلِ ما مَلَكَ هو فإذا انْعَدَمَ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فَلَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ فَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ بِالْقِيمَةِ وَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ منه لم يَمْلِكْهُ بِالْقِيمَةِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْحَدَّ على التَّبَرُّعِ ليس بِمَشْرُوعٍ فَامْتَنَعَ الْأَخْذُ أَصْلًا وَإِنْ كانت الْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ فَإِنْ تَقَابَضَا وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ عِنْدَ التَّقَابُضِ وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَلَا شُفْعَةَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَهَذَا بِنَاءٌ على أَصْلٍ وهو أَنَّ الْهِبَةَ بِشَرْطِ الْعِوَضِ عِنْدَنَا تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً وَعِنْدَهُ مُعَاوَضَةٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَدَلَائِلُ هذا الْأَصْلِ في كِتَابِ الْهِبَةِ نَذْكُرُهَا هُنَاكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ وَهَبَ عَقَارًا من غَيْرِ شَرْطِ الْعِوَضِ ثُمَّ إنَّ الْمَوْهُوبَ له عَوَّضَهُ من ذلك دَارًا فَلَا شُفْعَةَ في الدَّارَيْنِ لَا في دَارِ الْهِبَةِ وَلَا في دَارِ الْعِوَضِ لِأَنَّ إعْطَاءَ دَارِ الْعِوَضِ هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ إلَّا أنها اخْتَصَّتْ بِالْمَنْعِ من الرُّجُوعِ إلَّا أَنْ تَكُونَ عِوَضًا

حَقِيقَةً بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو وَهَبَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَعَوَّضَهُ بِخَمْسَةٍ جَازَ وَلَوْ كان عِوَضًا حَقِيقَةً لَمَا جَازَ لِأَنَّهُ يَكُونُ رِبًا دَلَّ أَنَّ الثَّانِيَ ليس بِعِوَضٍ عن الْأَوَّلِ حَقِيقَةً فلم يَكُنْ هذا مُعَاوَضَةً بَلْ كان هِبَةً مُبْتَدَأَةً فلم تَجِبْ بِهِ الشُّفْعَةُ وَتَجِبُ الشُّفْعَةُ في الدَّارِ التي هِيَ بَدَلُ الصُّلْحِ سَوَاءٌ كان الصُّلْحُ على الدَّارِ عن إقْرَارٍ أو إنْكَارٍ أو سُكُوتٍ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ

أَمَّا في الصُّلْحِ عن إقْرَارٍ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ المدعى مَلَكَ المدعي في حَقِّ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه فَكَانَتْ الدَّارُ التي هِيَ بَدَلُ الصُّلْحِ عِوَضًا عن مِلْكٍ ثَابِتٍ في حَقِّهِمَا جميعا فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ في هذا الصُّلْحِ

وَأَمَّا في الصُّلْحِ عن إنْكَارٍ فلأن عِنْدَ المدعى أَنَّهُ أَخَذَ الدَّارَ عِوَضًا عن مِلْكِهِ الثَّابِتِ فَكَانَ الصُّلْحُ مُعَاوَضَةً في حَقِّهِ وكان لِلشَّفِيعِ فيها حَقُّ الشُّفْعَةِ وَكَذَا في الصُّلْحِ عن سُكُوتِ الْمُدَّعَى عليه لِأَنَّ المدعى إنْ كان مُحِقًّا في دَعْوَاهُ كان بَدَلُ الصُّلْحِ عِوَضًا عن مِلْكِهِ حَقِيقَةً وَإِنْ كان مُبْطِلًا كان عِوَضًا عن مِلْكِهِ في زَعْمِهِ فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ في زَعْمِهِ وَكَذَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الدَّارِ الْمُصَالَحِ عنها عن إقْرَارٍ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ في هذا الصُّلْحِ من الْجَانِبَيْنِ جميعا

وَأَمَّا عن إنْكَارٍ فَلَا تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ في زَعْمِ الْمُدَّعَى عليه أَنَّ الدَّارَ الْمُدَّعَاةَ مِلْكُهُ وَإِنَّمَا بَذَلَ الْمَالَ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ الْبَاطِلَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ في حَقِّهِ فلم يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا منه بِالشُّفْعَةِ لِلْحَالِ وَلَكِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ المدعى في إقَامَةِ الْحُجَّةِ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على صَاحِبِ الْيَدِ أَنَّ الدَّارَ كانت لِلْمُدَّعِي أو حَلَفَ الْمُدَّعَى عليه فَنَكَلَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ مُعَاوَضَةً حَقِيقَةً وَإِنْ لم تَقُمْ له الْحُجَّةُ فَلَا شُفْعَةَ له

وَكَذَلِكَ لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الدَّارِ الْمُصَالَحِ عنها عن سُكُوتٍ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ إنْ كان مُحِقًّا في دَعْوَاهُ كان الصُّلْحُ مُعَاوَضَةً فَتَجِبُ الشُّفْعَةُ وَإِنْ كان مُبْطِلًا لم يَكُنْ مُعَاوَضَةً في حَقِّ الْمُدَّعَى عليه فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ مع الِاحْتِمَالِ لِأَنَّ الْحُكْمَ كما لَا يَثْبُتُ بِدُونِ شَرْطِهِ لَا يَثْبُتُ مع وُجُودِ الشَّكِّ في شَرْطِهِ لِأَنَّ غير الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ

وَلَوْ كان بَدَلُ الصُّلْحِ مَنَافِعَ فَلَا شُفْعَةَ في الدَّارِ الْمُصَالَحِ عنها سَوَاءٌ كان الصُّلْحُ عن إنْكَارٍ أو إقْرَارٍ لِأَنَّ بَدَلَ الصُّلْحِ ليس بِعَيْنِ مَالٍ فلم يَكُنْ هذا الصُّلْحُ مُعَاوَضَةَ عَيْنِ الْمَالِ بِعَيْنِ الْمَالِ وَهَذَا من شَرَائِطِ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ على ما نَذْكُرهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ اصْطَلَحَا على أَنْ يَأْخُذَ الْمُدَّعَى عليه الدَّارَ وَيُعْطِيَهُ دَارًا أُخْرَى فَإِنْ كان الصُّلْحُ عن إنْكَارٍ تَجِبُ في كل وَاحِدَةٍ من الدَّارَيْنِ الشُّفْعَةُ بِقِيمَةِ الدَّارِ الْأُخْرَى لِأَنَّ الصُّلْحَ إذَا كان عن إنْكَارٍ كان الصُّلْحُ على مُعَاوَضَةِ دَارٍ بِدَارٍ وَإِنْ كان عن إقْرَارٍ لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الدَّارَيْنِ جميعا لِأَنَّهُمَا جميعا مِلْكُ الْمُدَّعِي

وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ رَدَّ الْمُشْتَرِي الدَّارَ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أو شَرْطٍ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ الدَّارَ بِالشُّفْعَةِ بِسَبَبِ الرَّدِّ لم يَكُنْ له ذلك لِأَنَّ الرَّدَّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ ليس في مَعْنَى الْبَيْعِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُرَدُّ من غَيْرِ رِضَا الْبَائِعِ بَلْ هو فَسْخٌ مَحْضٌ في حَقِّ الْكُلِّ وَرَفْعُ الْعَقْدِ من الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ فَيَعُودُ إلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ فلم يَتَحَقَّقْ مَعْنَى الْبَيْعِ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ

وَكَذَا لو رَدَّ عليه بِعَيْبٍ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِأَنَّ الرَّدَّ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَسْخٌ مُطْلَقٌ وَإِنْ كان بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الرَّدَّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ ثَالِثٍ وَكَذَا الْإِقَالَةُ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّهَا بَيْعٌ

جَدِيدٌ في حَقٍّ ثَالِثٍ وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الْقِسْمَةِ وَإِنْ كان فيها مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ

بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ بَلْ فيها مَعْنَى الْإِقْرَارِ وَالتَّمْيِيزِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يجري فيها الْجَبْرُ فلم تَكُنْ مُعَاوَضَةً مُطْلَقَةً فَلَا تَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ كما إذَا صَالَحَ عن دَمِ عَمْدٍ على دَارٍ أَنَّهُ لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ
وَمِنْهَا مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَلَا تَجِبُ في مُعَاوَضَةِ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ لأنه الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِمِثْلِ ما تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي
فَلَوْ وَجَبَتْ في مُعَاوَضَةِ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ فَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ بِمَا تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ بِالْقِصَاصِ وَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ بِقِيمَةِ الدَّارِ وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ أَيْضًا
لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لم يَتَمَلَّكْ بِهِ فَامْتَنَعَ التَّمَلُّكُ أَصْلًا
وَعَلَى هذا يخرج ما إذا صالح الشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري
فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال فإما أن يأخذ بما تملك به المشتري ولا سبيل إليه لأنه تملك بالقصاص وإما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل إليه أيضا
لأن المشتري لم يتملك به فامتنع التملك أصلا
وعلى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا صَالَحَ عن دَمِ الْعَمْدِ على دَارٍ أَنَّهُ لَا تَجِبُ الشبعة (((الشفعة))) لِأَنَّ الْقِصَاصَ ليس بِمَالٍ فلم تُوجَدْ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ
وَكَذَا لو صَالَحَ من جِنَايَةٍ تُوجِبُ الْقِصَاصَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ على دَارٍ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ صَالَحَ من جِنَايَةٍ تُوجِبُ الْأَرْشَ دُونَ الْقِصَاصِ على دَارٍ تَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ بِالْأَرْشِ لِوُجُودِ مُعَاوَضَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ وَكَذَا لو أَعْتَقَ عَبْدًا على دَارٍ لِأَنَّ الْعِتْقَ ليس بِمَالٍ فلم تُوجَدْ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ
وَمِنْهَا مُعَاوَضَةُ عَيْنِ الْمَالِ بِعَيْنِ الْمَالِ فَلَا تَجِبُ في مُعَاوَضَةِ عَيْنِ الْمَالِ بِمَا ليس بِعَيْنِ الْمَالِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ التَّمَلُّكَ بِمَا تَمَلَّكَهُ بِهِ الْمُشْتَرِي غَيْرُ مُمْكِنٍ وَالتَّمَلُّكُ بِعَيْنِ الْمَالِ ليس تَمَلُّكًا بِمَا تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي فَامْتَنَعَ أَصْلًا
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا جَعَلَ الدَّارَ مَهْرًا بِأَنْ تَزَوَّجَ على دَارٍ أو جَعَلَهَا بَدَلَ الْخُلْعِ بِأَنْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ على دَارٍ أو جَعَلَهَا أُجْرَةً في الْإِجَارَاتِ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بِدَارٍ لِأَنَّ هذا مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ حُكْمَ الْإِجَارَةِ ثَبَتَ في الْمَنْفَعَةِ وَكَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ وهو الصَّحِيحُ على ما عُرِفَ في مَسَائِلِ النِّكَاحِ من الْخِلَافِ وَالْمَنْفَعَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هذا ليس بِشَرْطٍ وَتَجِبُ الشُّفْعَةُ في هذه الْمَوَاضِعِ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ الْبُضْعِ وَهِيَ مَهْرُ الْمِثْلِ في النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وفي الْإِجَارَةِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِمِثْلِ ما تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَعِنْدَ التَّعَذُّرِ تُقَامُ قِيمَتُهُ مَقَامَهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى دَارًا بِعَبْدٍ فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُهَا بِقِيمَةِ البعد (((العبد))) لِتَعَذُّرِ الْأَخْذِ بمثله إذْ لَا مِثْلَ له فَتَقُومُ قِيمَتُهُ مَقَامَهُ كَذَا هَهُنَا وَالْمَنَافِعُ تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ بِلَا خِلَافٍ فَتُقَامُ قِيمَةُ الْعِوَضِ مَقَامَهُ

وَلَنَا أَنَّ الْمَنَافِعَ فِي الْأَصْلِ لَا قِيمَةَ لها على أُصُولِ أَصْحَابِنَا وَالْأَصْلُ فيها أَنْ لَا تَكُونَ مَضْمُونَةً لِأَنَّ الشَّيْءَ يُضْمَنُ بمثله في الْأَصْلِ وَالْعَرَضُ لَا يُمَاثِلُ الْعَيْنَ وَلِهَذَا قالوا أنها لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ إلَّا أنها تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ وَلِحَاجَةِ الناس فَبَقِيَ ما وَرَاءَ ذلك على الْأَصْلِ فَلَا يَظْهَرُ تَقَوُّمُهَا في حَقِّ الشَّفِيعِ

وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على دَارٍ أَنْ تَرُدَّ الْمَرْأَةُ عليه أَلْفًا فَلَا شُفْعَةَ في شَيْءٍ من الدَّارِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَجِبُ الشُّفْعَةُ في حِصَّةِ الْأَلْفِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الدَّارَ بَعْضُهَا مَهْرٌ وَبَعْضُهَا مَبِيعٌ فَلَئِنْ تَعَذَّرَ إيجَابُ الشُّفْعَةِ في حِصَّةِ الْمَهْرِ أَمْكَنَ إيجَابُهَا في حِصَّةِ الْمَبِيعِ فَتَجِبُ في حِصَّتِهِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إيجَابُ الشُّفْعَةِ في حِصَّةِ الْمَبِيعِ إلَّا بَعْدَ قِسْمَةِ الدَّارِ وفي قِسْمَتِهَا تَقْوِيمُ الْمَنَافِعِ وَلَا قِيمَةَ لها إلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ على ما بَيَّنَّا وَلِأَنَّ الْمَهْرَ في الدَّارِ هو الْأَصْلُ لِأَنَّهَا إنَّمَا دَفَعَتْ الْأَلْفَ لِتُسَلَّمَ لها الدَّارُ فإذا لم تَثْبُتْ الشُّفْعَةُ في الْأَصْلِ فَكَيْفَ تَجِبُ في التَّابِعِ

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على مَهْرٍ مُسَمًّى ثُمَّ بَاعَ دَارِهِ من الْمَرْأَةِ بِذَلِكَ الْمَهْرِ أو تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ مَهْرٍ مُسَمًّى ثُمَّ بَاعَ دَارِهِ من الْمَرْأَةِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ تَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ لِأَنَّ هذا مَبِيعٌ مُبْتَدَأٌ فَتَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على دَارٍ أو تَزَوَّجَهَا على غَيْرِ مُسَمًّى ثُمَّ فَرَضَ لها دَارِهِ مَهْرًا لَا تَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْغَرَضَ منه ليس بِبَيْعٍ بَلْ هو تَقْدِيرُ الْمَهْرِ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ عَقَارًا أو (((وما))) ما هو بِمَعْنَاهُ فَإِنْ كان غَيْرُ ذلك فَلَا شُفْعَةَ فيه عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وقال مَالِكٌ رضي اللَّهُ عنه هذا ليس بِشَرْطٍ وَتَجِبُ الشُّفْعَةُ في السُّفُنِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ السَّفِينَةَ أَحَدُ الْمَسْكَنَيْنِ فَتَجِبُ فيها الشُّفْعَةُ كما تَجِبُ في الْمَسْكَنِ الْآخَرِ وهو الْعَقَارُ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا شُفْعَةَ إلَّا في رَبْعٍ أو حَائِطٍ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ في الْعَقَارِ ما وَجَبَتْ لِكَوْنِهِ مَسْكَنًا وَإِنَّمَا وَجَبَتْ لِخَوْفِ أَذَى الدَّخِيلِ وَضَرَرِهِ على سَبِيلِ الدَّوَامِ وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا في الْعَقَارِ وَلَا تَجِبُ إلَّا في الْعَقَارِ أو ما في مَعْنَاهُ وهو الْعُلُوُّ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى سَوَاءٌ كان الْعَقَارُ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ أو لَا يَحْتَمِلُهَا كَالْحَمَّامِ وَالرَّحَا وَالْبِئْرِ وَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ وَالدُّورِ الصِّغَارِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ

وقال الشَّافِعِيُّ لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ إلَّا في عَقَارٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَالْكَلَامُ فيه يَرْجِعُ إلَى أَصْلٍ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وهو

أَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا وَجَبَتْ مَعْلُولَةً بِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ وَأَذَاهُ على سَبِيلِ اللُّزُومِ وَذَلِكَ يُوجَدُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَفِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ على السَّوَاءِ وَعِنْدَهُ وَجَبَتْ مَعْلُولَةً بِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ وهو ضَرَرُ الْقِسْمَةِ فَلَا يَتَعَدَّى إلَى ما لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَهَذَا مع أَنَّهُ تَعْلِيلٌ لِمَنْعِ التَّعْدِيَةِ قد أَبْطَلْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ

وَرُوِيَ عن النبي أَنَّهُ قال إنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لم يُقْسَمْ من غَيْرِ فَصْلٍ وإذا بِيعَ سُفْلُ عَقَارٍ دُونَ عُلُوِّهِ أو عُلُوُّهُ دُونَ سُفْلِهِ أو بِيعَا جميعا وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ

أَمَّا السُّفْلُ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ عَقَارٌ وَأَمَّا الْعُلُوُّ بِدُونِ السُّفْلِ فَتَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ إذَا كان الْعُلُوُّ قَائِمًا اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ حَقَّ الْبِنَاءِ على السُّفْلِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ على سَبِيلِ التَّأْبِيدِ فَصَارَ بِمَعْنَى العقاء (((العقار))) فَتَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ

وَلَوْ انْهَدَمَ الْعُلُوُّ ثُمَّ بِيعَ السُّفْلُ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ عن أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا شُفْعَةَ له

ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ في الزِّيَادَاتِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْبِنَاءَ وَإِنْ بَطَلَ فَحَقُّ الْبِنَاءِ قَائِمٌ وَأَنَّهُ حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِالْبُقْعَةِ على سَبِيلِ الِاسْتِقْرَارِ وَالتَّأْبِيدِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْبُقْعَةِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الشُّفْعَةَ إنَّمَا تَجِبُ إمَّا بِالشَّرِكَةِ في الْمِلْكِ أو الْحُقُوقِ أو بِجِوَارِ الْمِلْكِ ولم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك أَمَّا الشَّرِكَةُ فَظَاهِرُ الِانْتِفَاءِ وَكَذَا الْجِوَارُ لِأَنَّ الْجِوَارَ كان بِالْبِنَاءِ وقد زَالَ الْبِنَاءُ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ

وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ فِيمَنْ بَاعَ عُلُوًّا فَاحْتَرَقَ قبل التَّسْلِيمِ بَطَلَ الْبَيْعُ هَكَذَا ذَكَرَ ولم يَحْكِ خِلَافًا من مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ من قال هذا قَوْلُهُ فَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَبْطُلَ لِأَنَّهُ يُجْعَلُ في حَقِّ الْبِنَاءِ بِمَنْزِلَةِ الْعَرْصَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ الْعَرْصَةَ مع الْبِنَاءِ فَاحْتَرَقَ الْبِنَاءُ

وَمِنْهَا زَوَالُ مِلْكِ الْبَائِعِ عن الْمَبِيعِ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَمْلِكُ الْمَبِيعَ على الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ ما مَلَكَ بِهِ فإذا لم يَزُلْ مِلْكُ الْبَائِعِ اسْتَحَالَ تَمَلُّكُ الْمُشْتَرِي فَاسْتَحَالَ تَمَلُّكُ الشَّفِيعِ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الْمَبِيعِ بِشَرْطِ خِيَارِ الْبَائِعِ لِأَنَّ خِيَارَهُ يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ حتى لو أَسْقَطَ خِيَارَهُ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَبِيعَ زَالَ عن مِلْكِهِ من حِينِ وُجُودِ الْمَبِيعِ وَلَوْ كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ خِيَارَهُ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِ الْبَائِعِ وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَقِفُ عليه وَلَوْ كان الْخِيَارُ لَهُمَا لم تَجِبْ الشُّفْعَةُ لِأَجْلِ خِيَارِ الْبَائِعِ وَلَوْ شَرَطَ الْبَائِعُ الْخِيَارَ لِلشَّفِيعِ فَلَا شُفْعَةَ له لِأَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ لِلشَّفِيعِ شَرْطٌ لِنَفْسِهِ وإنه يَمْنَعُ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ فَإِنْ أَجَازَ الشَّفِيعُ الْبَيْعَ جَازَ وَلَا شُفْعَةَ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ من جِهَتِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ ابْتِدَاءً وَإِنْ فَسَخَ الْبَيْعَ فَلَا شُفْعَةَ له لِأَنَّ مِلْكَ الْبَائِعِ لم يَزُلْ وَالْحِيلَةُ لِلشَّفِيعِ في ذلك أَنْ لَا يَفْسَخَ وَلَا يُجِيزَ حتى يُجِيزَ الْبَائِعُ أو يُجَوِّزَ هو بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ فَتَكُونُ له الشُّفْعَةُ وَخِيَارُ الْعَيْبِ وَالرُّؤْيَةِ لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ زَوَالَ مِلْكِ الْبَائِعِ

وَمِنْهَا زَوَالُ حَقِّ الْبَائِعِ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في المشتري شِرَاءً فَاسِدًا لِأَنَّ لِلْبَائِعِ حَقَّ النَّقْضِ وَالرَّدِّ إلَى مِلْكِهِ رَدًّا لِلْفَسَادِ وفي إيجَابِ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ حتى لو سَقَطَ حَقُّ الْفَسْخِ بِأَسْبَابٍ مُسْقِطَةٍ لِلْفَسْخِ كَالزِّيَادَةِ وَزَوَالِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَنَحْوِ ذلك كان لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْمَانِعَ قِيَامُ الْفَسْخِ وقد زَالَ كما لو بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ له ثُمَّ أَسْقَطَ الْخِيَارَ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِزَوَالِ الْمَانِعِ من الْوُجُوبِ وهو الْخِيَارُ فَكَذَا هذا

وَلَوْ بَاعَهَا الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا بَيْعًا صَحِيحًا فَجَاءَ الشَّفِيعُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالْبَيْعِ الثَّانِي لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ ثَابِتٌ عِنْدَ كل وَاحِدٍ من الْبَيْعَيْنِ لِوُجُودِ سَبَبِ الثُّبُوتِ عِنْدَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَشَرَائِطِهِ فَكَانَ له الْخِيَارُ غير أَنَّهُ إنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَخَذَ بِالثَّمَنِ وَإِنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ أَخَذَ بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ يوم الْقَبْضِ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَتَمَلَّكُ بِمَا تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي وَالْمُشْتَرِي الثَّانِي تَمَلَّكَ بِالثَّمَنِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِيَ صَحِيحٌ وَالْبَيْعُ الصَّحِيحُ يُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْمُسَمَّى وهو الثَّمَنُ وَالْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ تَمَلَّكَ الْمَبِيعَ بِقِيمَتِهِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ يُفِيدُ الْمِلْكَ بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ لَا بِالثَّمَنِ وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْقَبْضِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ بَيْعًا فَاسِدًا مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ كَالْمَغْصُوبِ

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يُخَرَّجُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فِيمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا

شِرَاءً فَاسِدًا فَبَنَى عليها إنه يَثْبُتُ لِلشَّفِيعِ حَقُّ الشُّفْعَةِ
لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ في الْقَبْضِ قد زَالَ بِالْبِنَاءِ وَبَطَلَ فَزَالَ الْمَانِعُ من وُجُوبِ الشُّفْعَةِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَثْبُتُ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ لم يَبْطُلْ بِالْبِنَاءِ فَكَانَ الْمَانِعُ قَائِمًا
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْمَرِيضِ إذَا بَاعَ الدَّارَ من وَارِثِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا وَشَفِيعُهَا أَجْنَبِيٌّ إنه لَا شُفْعَةَ له لِأَنَّ بَيْعَ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ عَيْنًا من أَعْيَانِ مَالِهِ لِوَارِثِهِ فَاسِدٌ عِنْدَهُ إلَّا إذَا أَجَازَ الْوَرَثَةُ
وَإِنْ كان بِمِثْلِ الْقِيمَةِ وَلَا شُفْعَةَ له في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إلَّا إذَا أَجَازَ فَتَجِبُ الشُّفْعَةُ
وَلَوْ بَاعَهَا من أَجْنَبِيٍّ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا وَالْوَارِثُ شَفِيعُهَا لَا شُفْعَةَ لِلْوَارِثِ عِنْدَهُ

أَيْضًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ بَاعَهَا من الْوَارِثِ ابْتِدَاءً لِتَحَوُّلِ مِلْكِ الصَّفْقَةِ إلَيْهِ أو لِتَقْدِيرِ صَفْقَةٍ أُخْرَى مع الْوَارِثِ وَذَلِكَ فَاسِدٌ عِنْدَهُ
وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْوَارِثِ لِأَنَّ الْعَقْدَ جَائِزٌ
هذا إذَا بَاعَ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ فَأَمَّا إذَا بَاعَ وَحَابَى بِأَنْ بَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ وَقِيمَتُهَا ثَلَاثَةُ آلَافٍ فَإِنْ بَاعَهَا من الْوَارِثِ وَشَفِيعُهَا أَجْنَبِيٌّ فَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لِأَنَّ بَيْعَهَا من الْوَارِثِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ فَاسِدٌ عِنْدَهُ فَبِالْمُحَابَاةِ أَوْلَى وَلَا شُفْعَةَ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَعِنْدَهُمَا الْبَيْعُ جَائِزٌ وَلَكِنْ يَدْفَعُ قَدْرَ الْمُحَابَاةِ فَتَجِبُ الشُّفْعَةُ وَلَوْ بَاعَ من أَجْنَبِيٍّ فَكَذَلِكَ لَا شُفْعَةَ لِلْوَارِثِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهَا بِتِلْكَ الصَّفْقَةِ بِالتَّحَوُّلِ إلَيْهِ أو بِصَفْقَةٍ مُبْتَدَأَةٍ مُقَدَّرَةٍ بَيْنَهُمَا فَكَانَ بَيْعًا من الْوَارِثِ بِالْمُحَابَاةِ
وَسَوَاءٌ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ أو لم يُجِيزُوا لِأَنَّ الْإِجَازَةَ مَحَلُّهَا الْعَقْدُ الْمَوْقُوفُ وَالشِّرَاءُ وَقَعَ نَافِذًا من الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ قَدْرُ الثُّلُثِ وَهِيَ نَافِذَةٌ من الْأَجْنَبِيِّ فَلَغَتْ الْإِجَازَةُ في حَقِّ الْمُشْتَرِي فَتَلْغُو في حَقِّ الشَّفِيعِ أَيْضًا
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَاتُ فيه
في رِوَايَةِ كِتَابِ الشُّفْعَةِ من الْأَصْلِ وَالْجَامِعِ لَا شُفْعَةَ له
وفي رِوَايَةِ كِتَابِ الْوَصَايَا له الشُّفْعَةُ
وَهِيَ من مَسَائِلِ الْجَامِعِ تُعْرَفُ ثَمَّةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا مِلْكُ الشَّفِيعِ وَقْتَ الشِّرَاءِ في الدَّارِ التي يَأْخُذُهَا بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ جِوَارُ الْمِلْكِ وَالسَّبَبُ إنَّمَا يَنْعَقِدُ سَبَبًا عِنْدَ وجوب (((وجود))) الشَّرْطِ وَالِانْعِقَادُ أَمْرٌ زَائِدٌ على الْوُجُودِ فإذا لم يُوجَدْ عِنْدَ الْبَيْعِ كَيْفَ يَنْعَقِدُ سَبَبًا فَلَا شُفْعَةَ له بِدَارٍ يَسْكُنُهَا بِالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَلَا بِدَارٍ بَاعَهَا قبل الشِّرَاءِ وَلَا بِدَارٍ جَعَلَهَا مَسْجِدًا وَلَا بِدَارٍ جَعَلَهَا وَقْفًا وَقَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِهِ أو لم يَقْضِ على قَوْلِ من يُجِيزُ الْوَقْفَ لِأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عنها لَا إلَى أَحَدٍ
وَمِنْهَا ظُهُورُ مِلْكِهِ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ الْإِنْكَارِ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ وَهَذَا في الْحَقِيقَةِ شَرْطُ ظُهُورِ الْحَقِّ لَا شَرْطُ ثُبُوتِهِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي كَوْنَ الدَّارِ التي يَشْفَعُ بها مَمْلُوكَةً

لِلشَّفِيعِ أَنَّهُ ليس له أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ إنها دَارُهُ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ
وَرُوِيَ عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ هذا ليس بِشَرْطٍ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ وَلَا يَحْتَاجُ إلَى إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وهو قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمِلْكَ كان ثَابِتًا لِلشَّفِيعِ في هذه الدَّارِ لِوُجُودِ سَبَبِ الثُّبُوتِ وما ثَبَتَ يَبْقَى إلَى أَنْ يُوجَدَ الْمُزِيلُ وَلِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ أَلَا تَرَى أَنَّ من رَأَى شيئا في يَدِ إنْسَانٍ حَلَّ له أَنْ يَشْهَدَ له بِالْمِلْكِ دَلَّ أَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَكَانَ الْمِلْكُ ثَابِتًا لِلشَّفِيعِ ظَاهِرًا
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْحُكْمِ لَا يُوجِبُ بَقَاءَهُ وَإِنَّمَا الْبَقَاءُ بِحُكْمِ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ لَا يَصْلُحُ لِلْإِلْزَامِ على الْغَيْرِ كَحَيَاةِ الْمَفْقُودِ وَحُرِّيَّةِ الشُّهُودِ وَنَحْوِ ذلك وَالْحَاجَةُ هَهُنَا إلَى إلْزَامِ الْمُشْتَرِي فَلَا يَظْهَرُ الْمِلْكُ في حَقِّ الْمُشْتَرِي
وَقَوْلُهُ الْيَدُ دَلِيلُ الْمِلْكِ قُلْنَا إنْ سَلِمَ ذلك فَالثَّابِتُ بِالْيَدِ مِلْكٌ يَظْهَرُ في حَقِّ الدَّفْعِ لَا في حَقِّ الِاسْتِحْقَاقِ على الْغَيْرِ وَالْحَاجَةُ هَهُنَا إلَى الِاسْتِحْقَاقِ على الْمُشْتَرِي فَلَا يَكْفِي الْمِلْكُ الثَّابِتُ بِظَاهِرِ الْيَدِ
وَذُكِرَ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ ادَّعَى على آخَرَ دَارًا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّ هذه الدَّارَ كانت في يَدِ أبيه مَاتَ وَهِيَ في يَدِهِ أَنَّهُ يقضي له بِالدَّارِ فَإِنْ جاء يَطْلُبُ بها شُفْعَةَ دَارٍ أُخْرَى إلَى جَنْبِهَا لم يُقْضَ له بِالشُّفْعَةِ حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ على الْمِلْكِ لم يَجْعَلْ الْقَضَاءَ بِالْيَدِ قَضَاءً بِالْمِلْكِ على الْإِطْلَاقِ حَيْثُ لم يُوجِبْ بِهِ الشُّفْعَةَ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما ذُكِرَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال في حَائِطٍ بين دَارَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عليه خَشَبَةٌ وَلَا يُعْلَمُ أَنَّ الْحَائِطَ بَيْنَهُمَا إلَّا بِالْخَشَبَةِ فَبِيعَتْ إحْدَى الدَّارَيْنِ أَنَّهُ إنْ أَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّ الْحَائِطَ بَيْنَهُمَا فَهُوَ أَحَقُّ من الْجَارِ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ وَإِنْ لم يُقِمْ بَيِّنَةً لم أَجْعَلْهُ شَرِيكًا لِأَنَّ مِلْكَ الْحَائِطِ بَيْنَهُمَا لم يَثْبُتْ إلَّا بِظَاهِرِ الِاسْتِعْمَالِ بِالْخَشَبَةِ وَالْمِلْكُ الثَّابِتُ بِمِثْلِ هذا الظَّاهِرِ لَا يَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ قال وَلَوْ أَقَرَّ الْبَائِعُ قبل الْبَيْعِ أَنَّ الْحَائِطَ بَيْنَهُمَا لم أَجْعَلْ له بهذا شُفْعَةً بِمَنْزِلَةِ دَارٍ في يَدِ رَجُلٍ أَقَرَّ أنها لِآخَرَ فَبِيعَتْ إلَى جَنْبِهَا دَارٌ فَطَلَبَ الْمُقَرُّ له الشُّفْعَةَ فَلَا شُفْعَةَ له حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الدَّارَ دَارُهُ لِأَنَّ الْمِلْكَ في الْمَوْضِعَيْنِ جميعا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ وَأَنَّهُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ فَيَظْهَرُ في حَقِّ الْمُقِرِّ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وفي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ يَظْهَرُ في حَقِّ الْمُقَرِّ له خَاصَّةً وَلَا يَتَعَدَّى إلَى الْمُشْتَرِي
وَذَكَرَ في الْمُنْتَقَى عن أبي يُوسُفَ في رَجُلٍ في يَدِهِ دَارٌ عَرَفَ الْقَاضِي أنها له فَبِيعَتْ دَارٌ إلَى جَنْبِ دَارِهِ فقال الشَّفِيعُ بَعْدَ بَيْعِ الدَّارِ التي فيها الشُّفْعَةُ دَارِي هذه لِفُلَانٍ وقد بِعْتُهَا منه مُنْذُ سَنَةٍ وقال هذا في وَقْتٍ يَقْدِرُ على الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ أو طَلَبِهَا لِنَفْسِهِ قال لَا شُفْعَةَ له في الدَّارِ حتى يُقِيمَ الْمُقَرُّ له بَيِّنَةً على الْمُشْتَرِي
أَمَّا الْمُقِرُّ فَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ له

لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ له وَقْتَ الْبَيْعِ في الدَّارِ بِإِقْرَارِهِ بِالْبَيْعِ قَبْلَهُ
وَأَمَّا الْمُقَرُّ له فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمِلْكَ الثَّابِتَ بِالْإِقْرَارِ ليس بِثَابِتٍ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ لِكَوْنِ الْإِقْرَارِ حُجَّةً قَاصِرَةً فَلَا يَظْهَرُ في حَقِّ الِاسْتِحْقَاقِ على الْمُشْتَرِي
وَذَكَرَ الْخَصَّافُ في إسْقَاطِ الشُّفْعَةِ أَنَّ الْبَائِعَ إذَا أَقَرَّ بِسَهْمٍ من الدَّارِ لِلْمُشْتَرِي ثُمَّ بَاعَ منه بَقِيَّةَ الدَّارِ أَنَّ الْجَارَ لَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ شَرِيكَ الْبَائِعِ في ذلك السَّهْمِ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ
وَمِنْ أَصْحَابِنَا من خَطَّأَ الْخَصَّافَ في هذا وقال تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْجَارِ لِأَنَّ شَرِكَةَ الْمُشْتَرِي لم تَثْبُتْ إلَّا بِالْإِقْرَارِ من الْبَائِعِ وَالْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ فَلَا يَظْهَرُ في حَقِّ الْجَارِ فَكَانَ على شُفْعَتِهِ وكان يَسْتَدِلُّ بِمَسْأَلَةِ الْحَائِطِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا تَكُونَ الدَّارُ الْمَشْفُوعَةُ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ وَقْتَ الْبَيْعِ فَإِنْ كانت لم تَجِبْ الشُّفْعَةُ لِاسْتِحَالَةِ تَمَلُّكِ الْإِنْسَانِ مَالَ نَفْسِهِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا بَاعَ الْمَأْذُونُ دار (((دارا))) وَالْمَوْلَى شَفِيعُهَا أَنَّهُ إنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَلَا شُفْعَةَ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهَا مِلْكُ الْمَوْلَى وَالْعَبْدُ كَالْوَكِيلِ عنه بِالْبَيْعِ فَلَا تَثْبُتُ له الشُّفْعَةُ
وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ كَسْبَ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ وَكَذَا إذَا بَاعَ الْمَوْلَى دَارًا وَالْمَأْذُونُ شَفِيعُهَا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي وَشِرَاءُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من صَاحِبِهِ جَائِزٌ وَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْأَخْذَ يَقَعُ تَمَلُّكًا لِلْمَوْلَى وَتَمَلُّكُ الْمَوْلَى مُحَالٌ
وَلَوْ اشْتَرَى الْمَأْذُونُ دَارًا وَالْمَوْلَى شَفِيعُهَا فَإِنْ كان عليه دَيْنٌ فَلِمَوْلَاهُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْمِلْكَ بِالشِّرَاءِ لم يَقَعْ لِلْمَوْلَى وَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَقَعُ له وَكَذَا إذَا اشْتَرَى الْمَوْلَى دَارًا وَالْمَأْذُونُ شَفِيعُهَا فَإِنْ كان عليه دَيْنٌ فَلَهُ الشُّفْعَةُ وَإِنْ لم يَكُنْ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ إذَا بَاعَ أو اشْتَرَى دار (((دارا))) وَالْمَوْلَى شَفِيعُهَا فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ سَوَاءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لم يَكُنْ لِأَنَّهُ فِيمَا يَبِيعُ وَيَشْتَرِي مع الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ حُرٌّ يَدًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا سَبِيلَ لِمَوْلَاهُ على ما في يَدِهِ فَكَانَ في حَقِّ ما في يَدِهِ مُلْحَقًا بِسَائِرِ الْأَجَانِبِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا عَدَمُ الرِّضَا من الشَّفِيعِ بِالْبَيْعِ وَحُكْمِهِ فَإِنْ رضي بِالْبَيْعِ أو بِحُكْمِهِ فَلَا شُفْعَةَ له لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إنَّمَا يَثْبُتُ له دَفْعًا لِضَرَرِ الْمُشْتَرِي فإذا رضي بِالشِّرَاءِ أو بِحُكْمِهِ فَقَدْ رضي بِضَرَرِ جِوَارِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الدَّفْعَ بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ الرِّضَا قد يَكُونُ صَرِيحًا وقد يَكُونُ دَلَالَةً
أَمَّا الصَّرِيحُ فَلَا يُشْكِلُ وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَنَحْوَ أَنْ يَبِيعَ الشَّفِيعُ الدَّارَ الْمَشْفُوعَ فيها بِأَنْ وَكَّلَهُ صَاحِبُ الدَّارِ بِبَيْعِهَا فَبَاعَهَا فَلَا شُفْعَةَ له لِأَنَّ بَيْعَ الشَّفِيعِ دَلَالَةُ الرِّضَا بِالْعَقْدِ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ وهو الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي وَكَذَلِكَ الْمُضَارِبُ إذَا بَاعَ دَارًا من مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَرَبُّ الْمَالِ شَفِيعُهَا بِدَارٍ له أُخْرَى فَلَا شُفْعَةَ لِرَبِّ الدَّارِ سَوَاءٌ كان في الدَّارِ رِبْحٌ أو لم يَكُنْ
أَمَّا إذَا لم يَكُنْ فيها رِبْحٌ فَلِأَنَّ الْمُضَارِبَ وَكِيلُهُ بِالْبَيْعِ وَالرِّضَا بِالتَّوْكِيلِ بِالْبَيْعِ رِضًا بِالْبَيْعِ وَحُكْمِهِ ضَرُورَةً وَأَنَّهُ يَمْنَعُ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ وَإِنْ كان فيها رِبْحٌ
أَمَّا في حِصَّةِ رَبِّ الْمَالِ فَلِمَا ذَكَرْنَا من وُجُودِ دَلَالَةِ الرِّضَا بِالْبَيْعِ في حصتها (((حصته)))
وَأَمَّا في حِصَّةِ الْمُضَارِبِ فَلِأَنَّهُ مَتَى امْتَنَعَ الْوُجُوبُ في حِصَّةِ رَبِّ الْمَالِ فَلَوْ

ثَبَتَ في حِصَّةِ الْمُضَارِبِ لَأَدَّى إلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ شَرِيكًا لِلْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ
وَلَوْ كان الشَّفِيعُ وَكِيلًا بِشِرَاءِ الدَّارِ الْمَشْفُوعِ فيها فَاشْتَرَى لِمُوَكِّلِهِ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لِغَيْرِهِ لَا يَكُونُ فَوْقَ الشِّرَاءِ لِنَفْسِهِ وَالشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ حتى لو اشْتَرَى الدَّارَ الْمَشْفُوعَ فيها ثُمَّ حَضَرَ شَفِيعٌ آخَرُ كان له أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ بِالشُّفْعَةِ فَالشِّرَاءُ لِغَيْرِهِ لَأَنْ لَا يَمْنَعَ الْوُجُوبَ أَوْلَى
وَلَوْ بَاعَ رَبُّ الْمَالِ دَارًا لِنَفْسِهِ وَالْمُضَارِبُ شَفِيعُهَا بِدَارٍ من الْمُضَارَبَةِ فَإِنْ كان في يَدِهِ من مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَفَاءٌ بِثَمَنِ الدَّارِ لم تَجِبْ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْأَخْذَ إذا ذَاكَ يَقَعُ لِرَبِّ الْمَالِ وقد وُجِدَ منه دَلَالَةُ الرِّضَا بِثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي وَأَنَّهُ يَمْنَعُ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ وَلَوْ لم يَكُنْ في يَدِهِ وَفَاءٌ فَإِنْ لم يَكُنْ في الدَّارِ رِبْحٌ فَلَا شُفْعَةَ أَيْضًا لِأَنَّ الْأَخْذَ يَقَعُ لِرَبِّ الْمَالِ وَإِنْ كان فيها رِبْحٌ فَلِلْمُضَارِبِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ لِنَفْسِهِ لِأَنَّ له نَصِيبًا في ذلك ولم يُوجَدْ منه الرِّضَا سقوط
(((بسقوط))) حَقِّهِ
وَلَوْ اشْتَرَى أَجْنَبِيٌّ دَارًا إلَى جَنْبِ دَارِ الْمُضَارَبَةِ فَإِنْ كان في يَدِ الْمُضَارِبِ وَفَاءٌ بِالثَّمَنِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ لِلْمُضَارَبَةِ وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ الشُّفْعَةَ لِأَنَّ حَقَّ الْأَخْذِ له فَيَمْلِكُ تَسْلِيمَهُ وَإِنْ لم يَكُنْ في يَدِهِ وَفَاءٌ فَإِنْ كان في الدَّارِ رِبْحٌ فَالشُّفْعَةُ لِرَبِّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ جميعا لِأَنَّ الدَّارَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا وَإِنْ لم يَكُنْ فيها رِبْحٌ فَالشُّفْعَةُ لِرَبِّ

الْمَالِ خَاصَّةً لِأَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ خَاصَّةً وَالشُّفْعَةُ من حُقُوقِ الْمِلْكِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا بَاعَ الدَّارَ على أَنْ يَضْمَنَ له الشَّفِيعُ الثَّمَنَ من الْمُشْتَرِي فَضَمِنَ وهو حَاضِرٌ حتى جَازَ الْبَيْعُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّ ضَمَانَ الثَّمَنِ من الْمُشْتَرِي دَلَالَةُ الرِّضَا بِالشِّرَاءِ وَحُكْمِهِ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَقْدِ وَإِبْرَامَهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَكَانَ دَلِيلَ الرِّضَا
وَكَذَا لو اشْتَرَى الْمُشْتَرِي الدَّارَ على أَنْ يَضْمَنَ الشَّفِيعُ الدَّرَكَ عن الْبَائِعِ فَضَمِنَ وهو حَاضِرٌ حتى جَازَ الْبَيْعُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّهُ لَمَّا ضَمِنَ الدَّرَكَ فَقَدْ صَارَ رَاضِيًا بِالْعَقْدِ وَحُكْمِهِ وهو الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي فلم تَجِبْ الشُّفْعَةُ وَأَمَّا إسْلَامُ الشَّفِيعِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ فَتَجِبُ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ فما
(((فيما))) بَيْنَهُمْ وَلِلذِّمِّيِّ على الْمُسْلِمِ لِأَنَّ هذا حَقُّ التَّمَلُّكِ على الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ منه وَالْكَافِرُ وَالْمُسْلِمُ في ذلك سَوَاءٌ لِأَنَّهُ من الْأُمُورِ الدُّنْيَوِيَّةِ
وَرُوِيَ عن شُرَيْحٍ أَنَّهُ قَضَى بِالشُّفْعَةِ لِذِمِّيٍّ على مُسْلِمٍ فَكَتَبَ إلَى سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه فَأَجَازَهُ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ فَيَكُونُ ذلك إجْمَاعًا
وَلَوْ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ دَارًا بِخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ أو مُسْلِمٌ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَجِبُ بِنَاءً على أَنَّ ذلك ليس بِمَالٍ عِنْدَهُ أَصْلًا حتى لم يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ أَصْلًا وَمِنْ شَرْطِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَعِنْدَنَا هو مَالٌ مُتَقَوِّمٌ في حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِّ وَالشَّاةِ لنا ثُمَّ

إذَا وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فَإِنْ كان الشَّفِيعُ ذِمِّيًّا أَخَذَ الدَّارَ بِمِثْلِ الْخَمْرِ وَبِقِيمَةِ الْخِنْزِيرِ لِأَنَّ الْخَمْرَ عِنْدَهُمْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَالْخَلِّ وَالْخِنْزِيرُ ليس من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ بَلْ من ذَوَاتِ الْقِيَمِ كَالشَّاةِ وَإِنْ كان مُسْلِمًا أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِأَنَّ الْأَخْذَ تَمَلُّكٌ وَالْمُسْلِمُ ليس من أَهْلِ تَمَلُّكِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَمَتَى تَعَذَّرَ عليه التَّمَلُّكُ بِالْعَيْنِ تَمَلَّكَ بِالْقِيمَةِ كما لو كان الشِّرَاءُ بِالْعَرَضِ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا بِقِيمَةِ الْعَرَضِ كَذَا هذا

وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ وَالذُّكُورَةُ وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْعَدَالَةُ فَتَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ وَمُعْتَقِ الْبَعْضِ وَالنِّسْوَانِ وللصبيان (((والصبيان))) وَالْمَجَانِينِ وَأَهْلِ الْبَغْيِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مَبْنِيٌّ على الْمِلْكِ وَهَؤُلَاءِ من أَهْلِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لهم إلَّا أَنَّ الْخَصْمَ فِيمَا يَجِبُ لِلصَّبِيِّ أو عليه وَلِيُّهُ الذي يَتَصَرَّفُ في مَالِهِ من الْأَبِ

وَوَصِيِّهِ وَالْجَدِّ لِأَبٍ وَوَصِيِّهِ وَالْقَاضِي وَوَصِيِّ الْقَاضِي فإذا بِيعَتْ دَارٌ وَالصَّبِيُّ شَفِيعُهَا كان لِوَلِيِّهِ أَنْ يُطَالِبَ بِالشُّفْعَةِ وَيَأْخُذَ له لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي وَالْوَلِيُّ يَمْلِكُ ذلك كما يَمْلِكُ الشِّرَاءَ فَإِنْ سَلَّمَ الشُّفْعَةَ صَحَّ التَّسْلِيمُ وَلَا شُفْعَةَ لِلصَّبِيِّ إذَا بَلَغَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رضي اللَّهُ عنهما وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَصِحُّ تَسْلِيمُهُ وَالصَّبِيُّ على شُفْعَتِهِ إذَا بَلَغَ

وَجْهُ قَوْلِهِ إن هذا حَقٌّ ثَبَتَ لِلصَّبِيِّ نَظَرًا فَإِبْطَالُهُ لَا يَكُونُ نَظَرًا في حَقِّهِ وَمِثْلُ هذا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ الْوَلِيِّ كَالْعَفْوِ عن قِصَاصٍ وَجَبَ لِلصَّبِيِّ على إنْسَانٍ وَالْإِبْرَاءِ عن كَفَالَتِهِ بِنَفْسٍ أو مَالٍ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهم (((رحمهما))) اللَّهُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ فَتَسْلِيمُهُ امْتِنَاعٌ من الشِّرَاءِ وَلِلْوَلِيِّ وِلَايَةُ الِامْتِنَاعِ من الشِّرَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ من قال بِعْت هذا الشَّيْءَ لِفُلَانٍ الصَّبِيِّ لَا يَلْزَمُ الْوَلِيَّ الْقَبُولُ وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلِيَّ يَتَصَرَّفُ في مَالِ الصَّبِيِّ على وَجْهِ الْمَصْلَحَةِ

وَالْمَصْلَحَةُ قد تَكُونُ في الشِّرَاءِ وقد تَكُونُ في تَرْكِهِ وَالْوَلِيُّ أَعْلَمُ بِذَلِكَ فَيُفَوَّضُ إلَيْهِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا سَكَتَ الْوَلِيُّ أو الْوَصِيُّ عن الطَّلَبِ أَنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَبْطُلُ وَذُكِرَ في نَوَادِرِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ اشْتَرَى دَارًا وَابْنُهُ الصَّغِيرُ شَفِيعُهَا كان له أَنْ يَأْخُذَ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ لم يَأْخُذْ وسلم لِنَفْسِهِ جَازَ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَا يُنَافِي الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمَلُّكٌ بِعِوَضٍ وَلِهَذَا لو كان وَكِيلًا بِالشِّرَاءِ لِغَيْرِهِ كان له أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِنَفْسِهِ فَلَأَنْ يَمْلِكَ الْأَخْذَ لِابْنِهِ أَوْلَى وإذا مَلَكَ الْأَخْذَ مَلَكَ التَّسْلِيمَ لِأَنَّهُ امْتِنَاعٌ عن الْأَخْذِ

وَلَوْ بَاعَ دَارًا لِنَفْسِهِ وَابْنُهُ شَفِيعُهَا لم يَكُنْ له أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ وَالْبَيْعُ تَمْلِيكٌ فَيُنَافِي التَّمَلُّكَ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ وإذا لم يَمْلِكْ الْأَخْذَ لم يَمْلِكْ التَّسْلِيمَ فلم يَصِحَّ تَسْلِيمُهُ وَتَوَقَّفَ إلَى حِينِ بُلُوغِ الصَّبِيِّ كما إذَا لم يَكُنْ له وَلِيٌّ

وَأَمَّا الْوَصِيُّ إذَا اشْتَرَى دَارًا لِنَفْسِهِ وَالصَّبِيُّ شَفِيعُهَا لم يَكُنْ له أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِلصَّغِيرِ وَلَوْ سَلَّمَ الشُّفْعَةَ فَالصَّغِيرُ على شُفْعَتِهِ وَكَذَا إذَا بَاعَ لِأَنَّهُ مَلَكَ الدَّارَ بِالشِّرَاءِ لِنَفْسِهِ فَبِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ لِلصَّغِيرِ يُرِيدُ تَمْلِيكَ ما مَلَكَهُ من الصَّغِيرِ وَالْوَصِيُّ لَا يَمْلِكُ تَمْلِيكَ مَالِ الصَّغِيرِ إلَّا إذَا كان فيه نَفْعٌ ظَاهِرٌ له وإذا لم يَمْلِكْ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لم يَكُنْ سُكُوتُهُ عن الطَّلَبِ تَسْلِيمًا لِلشُّفْعَةِ فَبَقِيَ حَقُّ الصَّغِيرِ

فِي الشُّفْعَةِ يَأْخُذُهُ إذَا بَلَغَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَتَأَكَّدُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَيَسْتَقِرُّ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تَعَالَى التَّوْفِيقُ
إنه يَتَأَكَّدُ وَيَسْتَقِرُّ بِالطَّلَبِ وَالْكَلَامُ في الطَّلَبِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ وَقْتِ
الطَّلَبِ وفي بَيَانِ شُرُوطِهِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ
أَمَّا وَقْتُهُ فَالطَّلَبُ نَوْعَانِ طَلَبُ مُوَاثَبَةٍ وَطَلَبُ تَقْرِيرٍ أَمَّا طَلَبُ الْمُوَاثَبَةِ فَوَقْتُهُ
وَقْتُ عِلْمِ الشَّفِيعِ بِالْبَيْعِ حتى لو سَكَتَ عن الطَّلَبِ بَعْدَ الْبَيْعِ قبل الْعِلْمِ بِهِ لم
تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ لِأَنَّهُ تَرَكَ الطَّلَبَ قبل وَقْتِ الطَّلَبِ فَلَا يَضُرُّهُ ثُمَّ عِلْمُهُ بِالْبَيْعِ قد
يَحْصُلُ بِسَمَاعِهِ بِالْبَيْعِ بِنَفْسِهِ وقد يَحْصُلُ بِإِخْبَارِ غَيْرِهِ لَكِنْ هل يُشْتَرَطُ فيه
الْعَدَدُ وَالْعَدَالَةُ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فيه فقال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
يُشْتَرَطُ أَحَدُ هَذَيْنِ أما الْعَدَدُ في الْمُخْبِرِ رَجُلَانِ أو رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وأما الْعَدَالَةُ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يُشْتَرَطُ فيه الْعَدَدُ وَلَا الْعَدَالَةُ حتى لو أخبره وَاحِدٌ
بِالشُّفْعَةِ عَدْلًا كان أو فَاسِقًا حُرًّا أو عَبْدًا مَأْذُونًا بَالِغًا أو صَبِيًّا ذَكَرًا أو أُنْثَى
فَسَكَتَ ولم يَطْلُبْ على فَوْرِ الْخَبَرِ على رِوَايَةِ الْأَصْلِ أو لم يَطْلُبْ في
الْمَجْلِسِ على رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ عِنْدَهُمَا إذَا ظَهَرَ كَوْنُ الْخَبَرِ صِدْقًا
وَهَذَا على اخْتِلَافِهِمْ عن عَزْلِ الْوَكِيلِ وَعَنْ جِنَايَةِ الْعَبْدِ وَعَنْ عَجْزِ الْمَوْلَى على
ما نَذْكُرُ في كِتَابِ الْوَكَالَةِ فَهُمَا يَقُولَانِ الْعَدَدُ وَالْعَدَالَةُ سَاقِطَا الِاعْتِبَارِ شَرْعًا
في الْمُعَامَلَاتِ وَهَذَا من بَابِ الْمُعَامَلَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ فيه الْعَدَدُ وَلَا الْعَدَالَةُ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ هذا إخْبَارٌ فيه مَعْنَى الْإِلْزَامِ أَلَا تَرَى أَنَّ حَقَّ
الشَّفِيعِ يَبْطُلُ لو لم يَطْلُبْ بَعْدَ الْخَبَرِ فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ فَيُعْتَبَرُ فيه أَحَدُ شَرْطَيْ
الشَّهَادَةِ وهو الْعَدَدُ أو الْعَدَالَةُ
وَلَوْ أَخْبَرَ الْمُشْتَرِي الشَّفِيعَ بِنَفْسِهِ فقال قد اشْتَرَيْتُهُ فلم يَطْلُبْ شُفْعَتَهُ وَإِنْ
لم يَكُنْ الْمُشْتَرِي عَدْلًا كَذَا رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ خَصْمٌ وَعَدَالَةُ
الْخَصْمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ في الْخُصُومَاتِ وَقَالُوا في الْمُخَيَّرَةِ إذَا بَلَغَهَا التَّخْيِيرُ أَنَّهُ
لَا يُشْتَرَطُ في الْمُخْبِرِ الْعَدَدُ وَلَا الْعَدَالَةُ
وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِخْبَارَ عن التَّخْيِيرِ ليس في مَعْنَى الشَّهَادَةِ
لِخُلُوِّهِ عن إلْزَامِ حُكْمٍ فلم يُعْتَبَرْ فيه أَحَدُ شَرْطَيْ الشَّهَادَةِ بِخِلَافِ الْإِخْبَارِ عن
الْبَيْعِ في بَابِ الشُّفْعَةِ على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا شَرْطُهُ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ على فَوْرِ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ إذَا كان قَادِرًا عليه حتى لو
عَلِمَ بِالْبَيْعِ وَسَكَتَ عن الطَّلَبِ مع الْقُدْرَةِ عليه بَطَلَ حَقُّ الشُّفْعَةِ في رِوَايَةِ
الْأَصْلِ وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ على الْمَجْلِسِ كَخِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ وَخِيَارِ
الْقَبُولِ ما لم يَقُمْ عن الْمَجْلِسِ أو يَتَشَاغَلْ عن الطَّلَبِ بِعَمَلٍ آخَرَ لَا تَبْطُلُ
شُفْعَتُهُ وَلَهُ أَنْ يَطْلُبَ وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا أَصَحُّ الرِّوَايَتَيْنِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلشَّفِيعِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه فَيُحْتَاجُ
إلَى التَّأَمُّلِ أَنَّ هذه الدَّارَ هل تَصْلُحُ بِمِثْلِ هذا الثَّمَنِ وَأَنَّهُ هل يَتَضَرَّرُ بِجِوَارِ هذا
الْمُشْتَرِي فَيَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ أو لَا يَتَضَرَّرُ فَيَتْرُكَ وَهَذَا لَا يَصِحُّ بِدُونِ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ
وَالْحَاجَةُ إلَى التَّأَمُّلِ شَرْطُ الْمَجْلِسِ في جَانِبِ الْمُخَيَّرَةِ وَالْقَبُولُ كَذَا هَهُنَا
وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال
الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا
وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال إنَّمَا الشُّفْعَةُ كَنَشْطِ عِقَالٍ إنْ قُيِّدَ
مَكَانَهُ ثَبَتَ وَإِلَّا ذَهَبَ وفي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ إنَّمَا الشُّفْعَةُ كَحَلِّ عِقَالٍ إنْ قُيِّدَ

مَكَانَهُ ثَبَتَ وَإِلَّا فَاللَّوْمُ عليه وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ مُتَزَلْزِلٌ لِثُبُوتِهِ على خِلَافِ الْقِيَاسِ إذْ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكُ مَالٍ مَعْصُومٍ بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ لِخَوْفِ ضَرَرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ فَلَا يَسْتَقِرُّ إلَّا بِالطَّلَبِ على الْمُوَاثَبَةِ
وَأَمَّا الْإِشْهَادُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الطَّلَبِ حتى لو طَلَبَ على الْمُوَاثَبَةِ ولم يُشْهِدْ صَحَّ طَلَبُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَلَّتْ عَظَمَتُهُ وَإِنَّمَا الْإِشْهَادُ لِلْإِظْهَارِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ على تَقْدِيرِ الْإِنْكَارِ لِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يُصَدِّقُ الشَّفِيعَ في الطَّلَبِ أو لَا يُصَدِّقُ في الْفَوْرِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَيَحْتَاجُ إلَى الْإِظْهَارِ بِالْبَيِّنَةِ عِنْدَ الْقَاضِي على تَقْدِيرِ عَدَمِ التَّصْدِيقِ لِأَنَّهُ شَرَطَ صِحَّةَ الطَّلَبِ
وَنَظِيرُهُ من أَخَذَ لُقَطَةً لِيَرُدَّهَا على صَاحِبِهَا فَهَلَكَتْ في يَدِهِ لَا ضَمَانَ عليه فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ إلَى الْإِشْهَادِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِتَوْثِيقِ الْأَخْذِ لِلرَّدِّ على تَقْدِيرِ الْإِنْكَارِ إلَّا أَنَّهُ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عن الضَّمَانِ حتى لو صَدَّقَهُ صَاحِبُهَا في ذلك ثُمَّ طَلَبَ منه الضَّمَانَ ليس له ذلك بِالْإِجْمَاعِ كَذَا هذا
وإذا طَلَبَ على الْمُوَاثَبَةِ فَإِنْ كان هُنَاكَ شُهُودٌ أَشْهَدَهُمْ وَتَوَثَّقَ الطَّلَبُ وَإِنْ لم يَكُنْ بِحَضْرَتِهِ من يُشْهِدُهُ فَبَعَثَ في طَلَبِ شُهُودٍ لم تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ لِمَا قُلْنَا أَنَّ الْإِشْهَادَ لِإِظْهَارِ الطَّلَبِ عِنْدَ الْحَاجَةِ لَكِنْ يَصِحُّ الْإِشْهَادُ على الطَّلَبِ على رِوَايَةِ الْفَوْرِ

فَبَطَلَتْ الشَّهَادَةُ على الْفَوْرِ ضَرُورَةً وَعَلَى رِوَايَةِ الْمَجْلِسِ إذَا قال وهو في الْمَجْلِسِ أدعو (((ادعوا))) إلي (((لي))) شُهُودًا أُشْهِدُهُمْ فَجَاءَ الشُّهُودُ فَأَشْهَدَهُمْ صَحَّ وَتَوَثَّقَ الطَّلَبُ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ قَائِمٌ وَلَوْ أُخْبِرَ بِبَيْعِ الدَّارِ فقال الْحَمْدُ لِلَّهِ قد ادَّعَيْتُ شُفْعَتَهَا أو سُبْحَانَ اللَّهِ قد ادَّعَيْتُ شُفْعَتَهَا فَهُوَ على شُفْعَتِهِ على رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ هذا يُذْكَرُ لِافْتِتَاحِ الْكَلَامِ تَبَرُّكًا بِهِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ عن الطَّلَبِ
وَكَذَا إذَا سَلَّمَ أو شَمَّتَ الْعَاطِسَ لِأَنَّ ذلك ليس بِعَمَلٍ يَدُلُّ على الْإِعْرَاضِ وَلِهَذَا لم يَبْطُلْ بِهِ خِيَارُ الْمُخَيَّرَةِ وَكَذَلِكَ إذَا قال من ابْتَاعَهَا وَبِكَمْ بِيعَتْ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قد يَرْضَى بِمُجَاوَرَةِ إنْسَانٍ دُونَ غَيْرِهِ وقد تَصْلُحُ له الدَّارُ بِثَمَنٍ دُونَ غَيْرِهِ فَكَانَ السُّؤَالُ عن حَالِ الْجَارِ وَمِقْدَارِ الثَّمَنِ من مُقَدِّمَاتِ الطَّلَبِ لَا إعْرَاضًا عنه وَهَذَا كُلُّهُ على رِوَايَةِ اعْتِبَارِ الْمَجْلِسِ فَأَمَّا على رِوَايَةِ اعْتِبَارِ الْفَوْرِ تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ في هذه الْمَوَاضِعِ لانقاطع (((لانقطاع))) الْفَوْرِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ
وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ وهو في الصَّلَاةِ فَمَضَى فيها فَالشَّفِيعُ لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ في الْفَرْضِ أو في الْوَاجِبِ أو في السُّنَّةِ أو في النَّفْلِ الْمُطْلَقِ فَإِنْ كان في الْفَرْضِ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ لِأَنَّ قَطْعَهَا حَرَامٌ فَكَانَ مَعْذُورًا في تَرْكِ الطَّلَبِ وَكَذَا إذَا كان في الْوَاجِبِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ مُلْحَقٌ بِالْفَرْضِ في حَقِّ الْعَمَلِ وَإِنْ كان في السُّنَّةِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ هذه السُّنَنَ الرَّاتِبَةَ في مَعْنَى الْوَاجِبِ سَوَاءٌ كانت السُّنَّةُ رَكْعَتَيْنِ أو أَرْبَعًا كَالْأَرْبَعِ قبل الظُّهْرِ حتى لو أُخْبِرَ بَعْدَمَا صلى رَكْعَتَيْنِ فَوَصَلَ بِهِمَا الشَّفْعَ الثَّانِيَ بِمَنْزِلَةِ صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ وَاجِبَةٍ

وقال مُحَمَّدٌ إذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ الْبَيْعُ فَصَلَّى بَعْدَ الْجُمُعَةِ أَرْبَعًا لم تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ وَإِنْ صلى أَكْثَرَ من ذلك بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِأَنَّ الْأَرْبَعَ بِتَسْلِيمَةٍ وَاحِدَةٍ سُنَّةٌ فَصَارَ كَالرَّكْعَتَيْنِ وَالزِّيَادَةُ عليها لَيْسَتْ بِسُنَّةٍ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْمُخَيَّرَةِ إذَا كانت في صَلَاةِ النَّفْلِ فَزَادَتْ على رَكْعَتَيْنِ بَطَلَ خِيَارُهَا لِأَنَّ كُلَّ شَفْعٍ من التَّطَوُّعِ صَلَاةٌ على حِدَةٍ وَالْغَائِبُ إذَا عَلِمَ بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ مِثْلُ الْحَاضِرِ في الطَّلَبِ وَالْإِشْهَادِ لِأَنَّهُ قَادِرٌ على الطَّلَبِ الذي يَتَأَكَّدُ بِهِ الْحَقُّ وَعَلَى الْإِشْهَادِ الذي يَتَوَثَّقُ بِهِ الطَّلَبُ

وَلَوْ وَكَّلَ الْغَائِبُ رَجُلًا لِيَأْخُذَ له بِالشُّفْعَةِ فَذَلِكَ طَلَبٌ منه لِأَنَّ في التَّوْكِيلِ طَلَبًا وَزِيَادَةً وإذا طَلَبَ الْغَائِبُ على الْمُوَاثَبَةِ وَأَشْهَدَ فَلَهُ بَعْدَ ذلك من الْأَجَلِ مِقْدَارُ الْمَسَافَةِ التي يَأْتِي إلَى حَيْثُ الْبَائِعُ أو الْمُشْتَرِي أو الدَّارُ لَا زِيَادَةَ عليه لِأَنَّ تَأْجِيلَ هذا الْقَدْرِ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ لِلزِّيَادَةِ

أَمَّا طَلَبُ التَّقْرِيرِ فَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ على فَوْرِ الطَّلَبِ الْأَوَّلِ وَالْإِشْهَادِ عليه فإذا طَلَبَ على الْمُوَاثَبَةِ وَأَشْهَدَ على فَوْرِهِ ذلك شَخَصًا إلَى حَيْثُ الْبَائِعُ أو الْمُشْتَرِي أو الدَّارُ إذَا كان قَادِرًا عليه وَتَفْصِيلُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَبِيعَ إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْبَائِعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان في يَدِ الْبَائِعِ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ طَلَبَ من الْبَائِعِ وَإِنْ شَاءَ طَلَبَ من الْمُشْتَرِي وَإِنْ شَاءَ طَلَبَ عِنْدَ الدَّارِ

أَمَّا الطَّلَبُ من الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمٌ الْبَائِعُ بِالْيَدِ وَالْمُشْتَرِي بِالْمِلْكِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا فَصَحَّ الطَّلَبُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَمَّا الطَّلَبُ عِنْدَ الدَّارِ فَلِأَنَّ الْحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بها فَإِنْ سَكَتَ عن الطَّلَبِ من أَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ وَعِنْدَ الدَّارِ مع الْقُدْرَةِ عليه بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِأَنَّهُ فَرَّطَ في الطَّلَبِ وَإِنْ كان في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ شَاءَ طَلَبَ من الْمُشْتَرِي وَإِنْ شَاءَ عِنْدَ الدَّارِ وَلَا يَطْلُبُ من الْبَائِعِ لِأَنَّهُ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ خَصْمًا لِزَوَالِ يَدِهِ وَلَا مِلْكَ له فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ وَلَوْ لم يَطْلُبْ من الْمُشْتَرِي وَلَا عِنْدَ الدَّارِ وَشَخَصَ إلَى الْبَائِعِ لِلطَّلَبِ منه وَالْإِشْهَادِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِوُجُودِ دَلِيلِ الْإِعْرَاضِ وفي الْحَقِيقَةِ لِوُجُودِ دَلِيلِ الرِّضَا وَلَوْ تَعَاقَدَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي في غَيْرِ الْمَوْضِعِ الذي فيه الدَّارُ فَلَيْسَ على الشَّفِيعِ أَنْ يَأْتِيَهُمَا وَلَكِنَّهُ يَطْلُبُ عِنْدَ الدَّارِ وَيُشْهِدُ عليه لِأَنَّ الشَّفِيعَ إذَا كان بِجَنْبِ الدَّارِ وَالْعَاقِدَانِ غَائِبَانِ تَعَيَّنَتْ الدَّارُ للطب (((للطلب))) عِنْدَهَا وَالْإِشْهَادِ فَإِنْ لم يَطْلُبْ عِنْدَهَا وَشَخَصَ إلَى الْعَاقِدَيْنِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِوُجُودِ الْإِعْرَاضِ عن الطَّلَبِ هذا إذَا كان قَادِرًا على الطَّلَبِ من الْمُشْتَرِي أو الْبَائِعِ أو عِنْدَ الدَّارِ فَأَمَّا إذَا كان هُنَاكَ حَائِلٌ بِأَنْ كان بَيْنَهُمَا نَهْرٌ مجوف (((مخوف))) أو أَرْضٌ مَسْبَعَةٌ أو غَيْرُ ذلك من الْمَوَانِعِ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِتَرْكِ الْمُوَاثَبَةِ إلَى أَنْ يَزُولَ الْحَائِلُ

وَأَمَّا الْإِشْهَادُ على هذا الطَّلَبِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّتِهِ كما ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ وَإِنَّمَا هو لِتَوْثِيقِهِ على تَقْدِيرِ الْإِنْكَارِ كما في الطَّلَبِ الْأَوَّلِ وَكَذَا تَسْمِيَةُ الْمَبِيعِ وَتَحْدِيدِهِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الطَّلَبِ وَالْإِشْهَادِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ شَرْطٌ لِأَنَّ الطَّلَبَ لَا يَصِحُّ إلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ وَالْعَقَارُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بِالتَّحْدِيدِ فَلَا يَصِحُّ الطَّلَبُ وَالْإِشْهَادُ بِدُونِهِ

وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ الطَّلَبِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فيه

عِبَارَاتُ الْمَشَايِخِ عن مُحَمَّدِ بن مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الشَّفِيعَ يقول طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ وَأَطْلُبُهَا وأنا طَالِبُهَا
وَعَنْ مُحَمَّدِ بن سَلَمَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ كان يقول طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ فَحَسْبُ
وَعَنْ الْفَقِيهِ أبي جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُرَاعَى فيه أَلْفَاظُ الطَّلَبِ بَلْ لو أتى بِلَفْظٍ يَدُلُّ على الطَّلَبِ أَيَّ لَفْظٍ كان يَكْفِي نَحْوُ أَنْ يَقُولَ ادَّعَيْتُ الشُّفْعَةَ أو سَأَلْتُ الشُّفْعَةَ وَنَحْوَ ذلك مِمَّا يَدُلُّ على الطَّلَبِ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى الطَّلَبِ وَمَعْنَى الطَّلَبِ يَتَأَدَّى بِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عليه سَوَاءٌ كان بِلَفْظِ الطالب (((الطلب))) أو بِغَيْرِهِ
وَأَمَّا حُكْمُ الطَّلَبِ فَهُوَ اسْتِقْرَارُ الْحَقِّ فَالشَّفِيعُ إذَا أتى بِطَلَبَيْنِ صَحِيحَيْنِ اسْتَقَرَّ الْحَقُّ على وَجْهٍ لَا يَبْطُلُ بِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ أَبَدًا حتى يُسْقِطَهَا بِلِسَانِهِ وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ وفي رِوَايَةٍ أُخْرَى قال إذَا تَرَكَ الْمُخَاصَمَةَ إلَى الْقَاضِي في زَمَانٍ يَقْدِرُ فيه على الْمُخَاصَمَةِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ولم يؤقت فيه وَقْتًا وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِمَا يَرَاهُ الْقَاضِي
وقال مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إذَا مَضَى شَهْرٌ بَعْدَ الطَّلَبِ ولم يَطْلُبْ من غَيْرِ عُذْرٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وهو رِوَايَةٌ عن أبي يُوسُفَ أَيْضًا
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ ثَبَتَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عن الشَّفِيعِ وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ الضَّرَرِ عن الْإِنْسَانِ على وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ الْإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ وفي إبْقَاءِ هذا الْحَقِّ بَعْدَ تَأْخِيرِ الْخُصُومَةِ أَبَدًا إضْرَارٌ بِالْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لَا يَبْنِي وَلَا يَغْرِسُ خَوْفًا من النَّقْضِ وَالْقَلْعِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ فَلَا بُدَّ من التَّقْدِيرِ بِزَمَانٍ لِئَلَّا يَتَضَرَّرَ بِهِ فَقَدَّرْنَا بِالشَّهْرِ لِأَنَّهُ أَدْنَى الْآجَالِ فإذا مَضَى شَهْرٌ ولم يَطْلُبْ من غَيْرِ عُذْرٍ فَقَدْ فرض (((فرط))) في الطَّلَبِ فبطل (((فتبطل))) شُفْعَتُهُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ إن الْحَقَّ لِلشَّفِيعِ قد ثَبَتَ بِالطَّلَبَيْنِ وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحَقَّ مَتَى ثَبَتَ لِإِنْسَانٍ لَا يَبْطُلُ إلَّا بِإِبْطَالِهِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ تَأْخِيرَ الْمُطَالَبَةِ منه لَا يَكُونُ إبْطَالًا كَتَأْخِيرِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ وَسَائِرِ الدُّيُونِ
وَقَوْلُهُ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي مَمْنُوعٌ فإنه إذَا عَلِمَ أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ فَالظَّاهِرُ أَنْ يَمْتَنِعَ من الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ خَوْفًا من النَّقْضِ وَالْقَلْعِ فَلَئِنْ فَعَلَ فَهُوَ الذي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ فَلَا يُضَافُ ذلك إلَى الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَلِهَذَا لم يَبْطُلْ حَقُّ الشُّفْعَةِ بِغَيْبَةِ الشَّفِيعِ وَلَا يُقَالُ إن فيه ضَرَرًا بِالْمُشْتَرِي بِالِامْتِنَاعِ من الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ ما يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ اخْتِيَارِيٌّ وَضَرُورِيٌّ
وَالِاخْتِيَارِيُّ نَوْعَانِ صَرِيحٌ وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ ودلالة (((دلالة)))
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ الشَّفِيعُ أَبْطَلْتُ الشُّفْعَةَ أو أَسْقَطْتُهَا أو أَبْرَأْتُكَ عنها أو سَلَّمْتُهَا وَنَحْوَ ذلك لِأَنَّ الشُّفْعَةَ خَالِصُ حَقِّهِ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيها اسْتِيفَاءً وَإِسْقَاطًا كَالْإِبْرَاءِ عن الدَّيْنِ وَالْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ وَنَحْوِ ذلك سَوَاءٌ عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ أو لم يَعْلَمْ بَعْدَ أَنْ كان بَعْدَ الْبَيْعِ لِأَنَّ هذا إسْقَاطُ الْحَقِّ صَرِيحًا وَصَرِيحُ الْإِسْقَاطِ يَسْتَوِي فيه الْعِلْمُ وَالْجَهْلُ كَالطَّلَاقِ وَالْإِبْرَاءِ عن الْحُقُوقِ بِخِلَافِ الْإِسْقَاطِ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ فإنه لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ ثَمَّةَ إلَّا الْعِلْمُ وَالْفَرْقُ يُذْكَرُ بَعْدَ هذا وَلَا يَصِحُّ تَسْلِيمُ الشُّفْعَةِ قبل الْبَيْعِ لِأَنَّهُ إسْقَاطُ الْحَقِّ وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ قبل وُجُوبِهِ وَوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِ مُحَالٌ
وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِقَدْرٍ من الثَّمَنِ أو جِنْسٍ منه أو من فُلَانٍ فَسَلَّمَ فَظَهَرَ بِخِلَافِهِ

هل يَصِحُّ تَسْلِيمُهُ فَالْأَصْلُ في جِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ كان لَا يَخْتَلِفُ غَرَضُ الشَّفِيعِ في التَّسْلِيمِ صَحَّ التَّسْلِيمُ وَبَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَإِنْ كان يَخْتَلِفُ غَرَضُهُ لم يَصِحَّ وهو على شُفْعَتِهِ لِأَنَّ غَرَضَهُ في التَّسْلِيمِ إذَا لم يَخْتَلِفْ بين ما أُخْبِرَ بِهِ وَبَيْنَ ما بِيعَ بِهِ وَقَعَ

(5/19)

التَّسْلِيمُ مُحَصِّلًا لِغَرَضِهِ فَصَحَّ وإذا اخْتَلَفَ غَرَضُهُ في التَّسْلِيمِ لم يَقَعْ التَّسْلِيمُ مُحَصِّلًا لِغَرَضِهِ فلم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ
وَبَيَانُ هذا في مَسَائِلَ إذَا أُخْبِرَ أَنَّ الدَّارَ بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ له لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ كان لِاسْتِكْثَارِهِ الثَّمَنَ فإذا لم تَصْلُحْ له بِأَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ فَبِأَكْثَرِهِمَا أَوْلَى فَحَصَلَ غَرَضُهُ بِالتَّسْلِيمِ فَبَطَلَتْ شُفْعَتُهُ
وَلَوْ أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِخمسائة (((بخمسمائة))) فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَ كَثْرَةِ الثَّمَنِ لَا يَدُلُّ على التَّسْلِيمِ عِنْدَ قِلَّتِهِ فلم يَحْصُلْ غَرَضُهُ بِالتَّسْلِيمِ فَبَقِيَ على شُفْعَتِهِ
وَلَوْ أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِمِائَةِ دِينَارٍ فَإِنْ كانت قِيمَتُهَا أَلْفًا أو أَكْثَرَ فَلَا شُفْعَةَ له وَإِنْ كانت أَقَلَّ فَهُوَ على شُفْعَتِهِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ له الشُّفْعَةُ في الْوَجْهَيْنِ جميعا
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ حَقِيقَةً وَاعْتِبَارُ الْحَقَائِقِ هو الْأَصْلُ وَالْغَرَضُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ لِأَنَّهُ قد تيسر (((يتيسر))) عليه جِنْسٌ وَيَتَعَذَّرُ عليه الْآخَرُ فلم يَقَعْ التَّسْلِيمُ مُحَصِّلًا لِغَرَضِهِ فَيَبْقَى على شُفْعَتِهِ كما لو أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِحِنْطَةٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِشَعِيرٍ قِيمَتُهُ مِثْلُ قِيمَةِ الْحِنْطَةِ
وَلَنَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ في حَقِّ الثَّمَنِيَّةِ كَجِنْسٍ وَاحِدٍ لِأَنَّهَا أَثْمَانُ الْأَشْيَاءِ وَقِيمَتُهَا تُقَوَّمُ الْأَشْيَاءُ بها تَقْوِيمًا وَاحِدًا أَعْنِي أنها تُقَوَّمُ بهذا مَرَّةً وَبِذَاكَ أُخْرَى وأنما يَخْتَلِفَانِ في الْقَدْرِ لَا غَيْرُ فَوَجَبَ اعْتِبَارُ قَدْرِ قِيمَتِهِمَا في الْكَثْرَةِ وَالْقِلَّةِ كما إذَا أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أو بِمِائَةِ دِينَارٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِأَكْثَرَ أو بِأَقَلَّ على ما بَيَّنَّا كَذَا هذا بِخِلَافِ ما إذَا أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِحِنْطَةٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِشَعِيرٍ قِيمَتُهُ مِثْلُ قِيمَةِ الْحِنْطَةِ أو أَقَلُّ أو أَكْثَرُ لِأَنَّ هُنَاكَ اخْتَلَفَ إذْ الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ على الْإِطْلَاقِ وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْغَرَضِ فلم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ
وَلَوْ أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِمَكِيلٍ أو بِمَوْزُونٍ سِوَى الدارهم (((الدراهم))) وَالدَّنَانِيرِ أو عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ فَالشُّفْعَةُ قَائِمَةٌ لِأَنَّ الثَّمَنَ الذي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ إذَا كان من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بمثله وَأَنَّهُ جِنْسٌ آخَرُ غَيْرُ الْجِنْسِ الذي أُخْبِرَ بِهِ الشَّفِيعُ فَاخْتَلَفَ الْغَرَضُ
وَلَوْ أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِعَرَضٍ وما ليس من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ الْأَلْفِ أو أَكْثَرَ صَحَّ تَسْلِيمُهُ وَإِنْ كانت أَقَلَّ لم يَصِحَّ تَسْلِيمُهُ وَلَهُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الشَّفِيعَ هَهُنَا يَأْخُذُ الدَّارَ بِقِيمَةِ الْعَرَضِ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ له وَقِيمَتُهُ دَرَاهِمُ أو دَنَانِيرُ فَكَانَ الِاخْتِلَافُ رَاجِعًا إلَى الْقَدْرِ فَأَشْبَهَ الْأَلْفَ وَالْأَلْفَيْنِ وَالْأَلْفَ وَخَمْسَمِائَةٍ على ما مَرَّ

وَلَوْ أُخْبِرَ بِشِرَاءِ نِصْفِ الدَّارِ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اشْتَرَى الْجَمِيعَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ
وَلَوْ أُخْبِرَ بِشِرَاءِ الْجَمِيعِ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اشْتَرَى النِّصْفَ فَالتَّسْلِيمُ جَائِزٌ وَلَا شُفْعَةَ له
هذا هو الرِّوَايَةُ الْمَشْهُورَةُ في الْفَصْلَيْنِ وقد رُوِيَ الْجَوَابُ فِيهِمَا على الْقَلْبِ وهو أَنَّ التَّسْلِيمَ في النِّصْفِ يَكُونُ تَسْلِيمًا في الْكُلِّ وَالتَّسْلِيمُ في الْكُلِّ لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا في النِّصْفِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ تَسْلِيمَ النِّصْفِ لِعَجْزِهِ عن الثَّمَنِ وَمَنْ عَجَزَ عن الْقَلِيلِ كان عن الْكَثِيرِ أَعْجَزَ
فَأَمَّا الْعَجْزُ عن الْكَثِيرِ لَا يدل يَدُلُّ على الْعَجْزِ عن الْقَلِيلِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ أَنَّ التَّسْلِيمَ في النِّصْفِ لِلِاحْتِرَازِ عن الضَّرَرِ وهو ضَرَرُ الشَّرِكَةِ وَهَذَا لَا يُوجَدُ في الْكُلِّ فَاخْتَلَفَ الْغَرَضُ فلم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ فَبَقِيَ على شُفْعَتِهِ وإذا صَحَّ تَسْلِيمُ الْكُلِّ فَقَدْ سَلَّمَ الْبَعْضَ ضَرُورَةً لِأَنَّهُ دَاخِلٌ في الْكُلِّ فَصَارَ بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ مُسَلِّمًا لِلنِّصْفِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ عَيْبٌ فَكَانَ التَّسْلِيمُ بِدُونِ الْعَيْبِ تَسْلِيمًا مع الْعَيْبِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى
ولو أُخْبِرَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ زَيْدٌ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ عَمْرٌو فَهُوَ على شُفْعَتِهِ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لِلْأَمْنِ عن الضَّرَرِ الأمن (((والأمن))) عن ضَرَرِ زَيْدٍ لَا يَدُلُّ على الْأَمْنِ عن ضَرَرِ عَمْرٍو لِتَفَاوُتِ الناس في الْجِوَارِ
وَلَوْ أُخْبِرَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ زَيْدٌ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ زَيْدٌ وَعَمْرٌو كان له أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ عَمْرٍو لِأَنَّهُ سَلَّمَ نَصِيبَ زَيْدٍ لَا نَصِيبَ عَمْرٍو فَبَقِيَ له الشُّفْعَةُ في نَصِيبِهِ
وَلَوْ أُخْبِرَ أَنَّ الدَّارَ بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ إنَّ الْبَائِعَ حَطَّ عن الْمُشْتَرِي خَمْسَمِائَةٍ وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي الْحَطَّ كان له الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْحَطَّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ كان بِخَمْسِمِائَةٍ فَصَارَ كما إذَا أُخْبِرَ أنها بِيعَتْ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها بِيعَتْ بِخَمْسِمِائَةٍ وَلَوْ لم يَقْبَلْ الْحَطَّ لم تَجِبْ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْحَطَّ لم يَصِحَّ إذَا لم يَقْبَلْ فلم يَتَبَيَّنْ أنها بِيعَتْ بِأَنْقَصَ من أَلْفٍ فلم تَجِبْ الشُّفْعَةُ
وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ دَارَهُ التي يَشْفَعُ بها بَعْدَ شِرَاءِ الْمُشْتَرِي هل تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان الْبَيْعُ بَاتًّا وَإِمَّا إنْ كان فيه شَرْطُ الْخِيَارِ فَإِنْ كان بَاتًّا لَا يَخْلُو أما إنْ بَاعَ كُلَّ الدَّارِ وأما إنْ بَاعَ جزءا منها فَإِنْ بَاعَ كُلَّهَا بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِأَنَّ سَبَبَ الْحَقِّ هو جِوَارُ الْمِلْكِ وقد زَالَ سَوَاءٌ عَلِمَ بِالشِّرَاءِ أو لم يَعْلَمْ لِأَنَّ هذا في مَعْنَى صَرِيحِ الْإِسْقَاطِ لِأَنَّ إبْطَالَ سَبَبِ الْحَقِّ إبْطَالُ الْحَقِّ فَيَسْتَوِي فيه الْعِلْمُ وَالْجَهْلُ فَإِنْ رَجَعَتْ الدَّارُ إلَى مِلْكِهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءٍ أو بِغَيْرِ قَضَاءٍ أو بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أو بِخِيَارِ شَرْطٍ لِلْمُشْتَرِي فَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْحَقَّ قد بَطَلَ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ
وَكَذَلِكَ لو بَاعَهَا الشَّفِيعُ بَيْعًا فَاسِدًا وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِزَوَالِ سَبَبِ الْحَقِّ وهو جوار (((جواز))) الْمِلْكِ فَإِنْ نَقَضَ الْبَيْعَ فَلَا شُفْعَةَ له لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَقَّ بَعْدَمَا بَطَلَ لَا يَعُودُ إلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ وَإِنْ بَاعَ جزءا من دَارِهِ فَإِنْ بَاعَ جزءا شَائِعًا منها فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِمَا بَقِيَ لِأَنَّ ما بَقِيَ يَصْلُحُ لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ ابْتِدَاءً فَأَوْلَى أَنْ يَصْلُحَ لِلْبَقَاءِ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ من الإبتداء
وَإِنْ بَاعَ جزءا مُعَيَّنًا بَيْتًا أو حُجْرَةً فَإِنْ كان ذلك لَا يَلِي الدَّارَ التي فيها الشُّفْعَةُ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ السَّبَبَ وهو جِوَارُ الْمِلْكِ قَائِمٌ وَإِنْ كان مِمَّا يَلِي تِلْكَ الدَّارَ فَإِنْ اسْتَغْرَقَ حُدُودَ الدَّارِ التي فيها الشُّفْعَةُ بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ لِأَنَّ الْجِوَارَ قد زَالَ وَإِنْ بَقِيَ من حَدِّهَا شَيْءٌ مُلَاصِقٌ لِمَا بَقِيَ من الدَّارِ فَهُوَ على شُفْعَتِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ

هذا الْقَدْرَ يَصْلُحُ لِلِاسْتِحْقَاقِ ابْتِدَاءً فَلَأَنْ يَصْلُحَ لِبَقَاءِ الْمُسْتَحَقِّ أَوْلَى وَإِنْ كان فيه خِيَارُ الشَّرْطِ فَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وهو الشَّفِيعُ فَهُوَ على شُفْعَتِهِ ما لم يُوجِبْ الْبَيْعَ لِأَنَّ السَّبَبَ وهو جِوَارُ الْمِلْكِ قَائِمٌ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ فَإِنْ طَلَبَ الشُّفْعَةَ في مُدَّةِ الْخِيَارِ كان ذلك منه نَقْضًا لِلْبَيْعِ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ دَلِيلُ اسْتِبْقَاءِ الْمِلْكِ في الْمَبِيعِ وَذَلِكَ إسْقَاطٌ لِلْخِيَارِ وَنَقْضٌ لِلْبَيْعِ وَإِنْ كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لِأَنَّ الدَّارَ خَرَجَتْ عن مِلْكِهِ بِلَا خِلَافٍ فَزَالَ سَبَبُ الْحَقِّ وهو جِوَارُ الْمِلْكِ

وَإِنْ كان الشَّفِيعُ شَرِيكًا وَجَارًا فَبَاعَ نَصِيبَهُ الذي يَشْفَعُ بِهِ كان له أَنْ يَطْلُبَ الشُّفْعَةَ بِالْجِوَارِ لِأَنَّهُ إنْ بَطَلَ أَحَدُ السَّبَبَيْنِ وهو الشَّرِكَةُ فَقَدْ بَقِيَ الْآخَرُ وهو الْجِوَارُ وَلِهَذَا اُسْتُحِقَّ بِهِ ابْتِدَاءً فَلَأَنْ يَبْقَى بِهِ الِاسْتِحْقَاقُ أَوْلَى

وَلَوْ صَالَحَ الْمُشْتَرِي الشَّفِيعَ من الشُّفْعَةِ على مَالٍ لم يَجُزْ الصُّلْحُ ولم يَثْبُتْ الْعِوَضُ وَبَطَلَ حَقُّ الشُّفْعَةِ

أَمَّا بُطْلَانُ الصُّلْحِ فَلِانْعِدَامِ ثُبُوتِ الْحَقِّ في الْمَحَلِّ

لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلشَّفِيعِ حَقُّ التَّمَلُّكِ وَأَنَّهُ عِبَارَةٌ عن وِلَايَةِ التَّمَلُّكِ وَأَنَّهَا مَعْنًى قَائِمٌ بِالشَّفِيعِ فلم يَصِحَّ الِاعْتِيَاضُ عنه فَبَطَلَ الصُّلْحُ ولم يَجِبْ الْعِوَضُ

وَأَمَّا بُطْلَانُ حَقِّ الشَّفِيعِ في الشُّفْعَةِ فَلِأَنَّهُ أَسْقَطَهُ بِالصُّلْحِ فَالصُّلْحُ وَإِنْ لم يَصِحَّ فَإِسْقَاطُ حَقِّ الشُّفْعَةِ صَحِيحٌ

لِأَنَّ صِحَّتَهُ لَا تَقِفُ على العرض (((العوض))) بَلْ هو شَيْءٌ من الْأَمْوَالِ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا عنه فَالْتَحَقَ ذِكْرُ الْعِوَضِ بِالْعَدَمِ فَصَارَ كَأَنَّهُ سَلَّمَ بِلَا عِوَضٍ

وَعَلَى هذا إذَا قال الزَّوْجُ لِلْمُخَيَّرَةِ اخْتَارِينِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ

فقالت اخْتَرْتُكَ لم يَجِبْ الْعِوَضُ وَبَطَلَ خِيَارُهَا

وَكَذَلِكَ الْعِنِّينُ إذَا قال لِامْرَأَتِهِ بَعْدَمَا أُخْبِرَتْ بِسَبَبِ الْعُنَّةِ اخْتَارِي تَرْكَ الْفَسْخِ بِالْعُنَّةِ بِأَلْفٍ فقالت اخْتَرْتُ بَطَلَ خِيَارُهَا ولم يَجِبْ الْعِوَضُ وفي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ إذَا أَسْقَطَهَا بِعِوَضٍ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ لَا يَجِبُ الْعِوَضُ وَتَبْطُلُ الْكَفَالَةُ كما في الشُّفْعَةِ وفي رِوَايَةٍ لَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ أَسْقَطَ الْكَفَالَةَ بِعِوَضٍ فَالِاعْتِيَاضُ إنْ لم يَصِحَّ فَالْإِسْقَاطُ صَحِيحٌ لِأَنَّ صِحَّتَهُ لَا تَقِفُ على الْعِوَضِ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّهُ ما رضي بِالسُّقُوطِ إلَّا بِعِوَضٍ ولم يَثْبُتْ الْعِوَضُ فَلَا يَسْقُطُ وَأَمَّا بُطْلَانُ الشُّفْعَةِ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَهُوَ أَنْ يُوجَدَ من الشَّفِيعِ ما يَدُلُّ على رِضَاهُ بِالْعَقْدِ وَحُكْمِهِ لِلْمُشْتَرِي وهو ثُبُوتُ الْمِلْكِ له لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مِمَّا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الرِّضَا فَيَبْطُلُ بِدَلَالَةِ الرِّضَا أَيْضًا وَذَلِكَ نَحْوُ ما إذَا عَلِمَ بِالشِّرَاءِ فَتَرَكَ الطَّلَبَ على الْفَوْرِ من غَيْرِ عُذْرٍ أو قام عن الْمَجْلِسِ أو تَشَاغَلَ عن الطَّلَبِ بِعَمَلٍ آخَرَ على اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ لِأَنَّ تَرْكَ الطَّلَبِ مع الْقُدْرَةِ عليه دَلِيلُ الرِّضَا بِالْعَقْدِ وَحُكْمِهِ لِلدَّخِيلِ

وَكَذَا إذَا سَاوَمَ الشَّفِيعُ الدَّارَ من الْمُشْتَرِي أو سَأَلَهُ أَنْ يُوَلِّيَهُ إيَّاهَا أو اسْتَأْجَرَهَا الشَّفِيعُ من الْمُشْتَرِي أو أَخَذَهَا مُزَارَعَةً أو مُعَامَلَةً وَذَلِكَ كُلُّهُ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالشِّرَاءِ لِأَنَّ ذلك كُلَّهُ دَلِيلُ الرِّضَا أَمَّا الْمُسَاوَمَةُ فَلِأَنَّهَا طَلَبُ تَمْلِيكٍ بِعَقْدٍ جَدِيدٍ وَأَنَّهُ دَلِيلُ الرِّضَا بِمِلْكِ الْمُتَمَلِّكِ

وَكَذَلِكَ التَّوْلِيَةُ لِأَنَّهَا تَمَلُّكٌ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ من غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ وَأَنَّهَا دَلِيلُ الرِّضَا بِمِلْكِ الْمُتَمَلِّكِ

وَأَمَّا الِاسْتِئْجَارُ وَالْأَخْذُ مُعَامَلَةً أو مُزَارَعَةً فَلِأَنَّهَا تَقْرِيرٌ لِمِلْكِ الْمُشْتَرِي فَكَانَتْ دَلِيلَ الرِّضَا بِمِلْكِهِ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ حَيْثُ شَرَطَ هَهُنَا عِلْمَ

الشَّفِيعِ بِالشِّرَاءِ لِبُطْلَانِ حَقِّ الشُّفْعَةِ وَهُنَاكَ لم يَشْتَرِطْ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ السُّقُوطَ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ وَالْإِسْقَاطُ تَصَرُّفٌ في نَفْسِ الْحَقِّ فيستدعي ثُبُوتُ الْحَقِّ لَا غَيْرُ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْإِبْرَاءِ عن الدُّيُونِ وَالسُّقُوطُ هَهُنَا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ وَهِيَ دَلَالَةُ الرِّضَا لَا بِالتَّصَرُّفِ في مَحَلِّ الْحَقِّ بَلْ في مَحَلٍّ آخَرَ وَالتَّصَرُّفُ في مَحَلٍّ آخَرَ لَا يَصْلُحُ دَلِيلَ الرِّضَا إلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ إذْ الرِّضَا بالشي (((بالشيء))) بِدُونِ الْعِلْمِ بِهِ مُحَالٌ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ سَلَّمَ الشُّفْعَةَ في النِّصْفِ بطلب (((بطلت))) في الْكُلِّ لِأَنَّهُ لَمَّا سَلَّمَ في النِّصْفِ بَطَلَ حَقُّهُ في النِّصْفِ الْمُسَلَّمِ فيه بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ وَبَطَلَ حَقُّهُ في النِّصْفِ الْبَاقِي لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي فَبَطَلَتْ شُفْعَتُهُ في الْكُلِّ وَلَوْ طَلَبَ نِصْفَ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ هل يَكُونُ ذلك تَسْلِيمًا منه لِلشُّفْعَةِ في الْكُلِّ اخْتَلَفَ فيه أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ قال أبو يُوسُفَ لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا وقال مُحَمَّدٌ يَكُونُ تَسْلِيمًا في الْكُلِّ إلَّا أَنْ يَكُونَ سَبَقَ منه طَلَبُ الْكُلِّ بِالشُّفْعَةِ فلم يُسَلِّمْ له الْمُشْتَرِي فقال له حِينَئِذٍ أَعْطِنِي نِصْفَهَا على أَنْ أُسَلِّمَ لك النِّصْفَ الْبَاقِيَ فإن هذا لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَمَّا طَلَبَ النِّصْفَ بِالشُّفْعَةِ فَقَدْ أَبْطَلَ حَقَّهُ في النِّصْفِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ تَرَكَ الطَّلَبَ فيه مع الْقُدْرَةِ عليه وَذَا دَلِيلُ الرِّضَا فَبَطَلَ حَقُّهُ فيه فَيَبْطُلُ حَقُّهُ في النِّصْفِ الْمَطْلُوبِ ضَرُورَةَ تَعَذُّرِ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي بِخِلَافِ ما إذَا كان سَبَقَ منه الطَّلَبُ في الْكُلِّ لِأَنَّهُ لَمَّا طَلَبَ

في الْكُلِّ فَقَدْ تَقَرَّرَ حَقُّهُ في الْكُلِّ ولم يَكُنْ قَوْلُهُ بَعْدَ ذلك أَعْطِنِي النِّصْفَ على أَنْ أُسَلِّمَ لك النِّصْفَ الْبَاقِيَ تَسْلِيمًا بِخِلَافِ ما إذَا قال ابْتِدَاءً لِأَنَّ الْحَقَّ لم يَتَقَرَّرْ بَعْدُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ له في كل الدَّارِ وَالْحَقُّ إذَا ثَبَتَ لَا يَسْقُطُ إلَّا بِالْإِسْقَاطِ ولم يُوجَدْ فَبَقِيَ كما كان إنْ شَاءَ أَخَذَ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَجَوَابُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ عن هذا أَنَّهُ وُجِدَ منه الْإِسْقَاطُ في النِّصْفِ الذي لم يَطْلُبْهُ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الضَّرُورِيُّ فَنَحْوُ أَنْ يَمُوتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ قبل الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ فَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَبْطُلُ وَلِوَارِثِهِ حَقُّ الْأَخْذِ ولقب (((ولغب))) الْمَسْأَلَةِ أَنَّ خِيَارَ الشُّفْعَةِ هل يُوَرَّثُ عِنْدَنَا لَا يُوَرَّثُ وَعِنْدَهُ يُوَرَّثُ وَالْكَلَامُ فيه من الْجَانِبَيْنِ على نَحْوِ الْكَلَامِ في خِيَارِ الشَّرْطِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ في كِتَابِ الْبُيُوعِ وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ من وَارِثِهِ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ حَقٌّ على الْمُشْتَرِي أَلَا تَرَى أَنَّهُ مَجْبُورٌ عليه في التَّمَلُّكِ فَلَا يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ كَحَقِّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُمْلَكُ بِهِ الْمَشْفُوعُ فيه فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمَشْفُوعُ فيه يُمْلَكُ بِالتَّمَلُّكِ وهو تَفْسِيرُ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ فَلَا مِلْكَ لِلشَّفِيعِ قبل الْأَخْذِ بَلْ له حَقُّ الْأَخْذِ وَالتَّمَلُّكِ قبل الْأَخْذِ لِلْمُشْتَرِي لِوُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ فيه وهو الشِّرَاءُ فَلَهُ أَنْ يَبْنِيَ وَيَغْرِسَ وَيَهْدِمَ وَيَقْلَعَ وَيُؤَاجِرَ وَيَطِيبَ له الْأَجْرُ وَيَأْكُلَ من ثِمَارِ الْكَرْمِ وَنَحْوِ ذلك وَكَذَا له أَنْ يَبِيعَ وَيَهَبَ وَيُوصِيَ وإذا فَعَلَ يَنْفُذُ إلَّا أَنَّ لِلشَّفِيعِ

أَنْ يَنْقُضَ ذلك بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ حَقَّهُ سَابِقٌ على تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فَيَمْتَنِعُ اللُّزُومُ وَلَوْ جَعَلَ الْمُشْتَرِي الدَّارَ مَسْجِدًا أو مَقْبَرَةً فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ وَيَنْقُضَ ما صَنَعَ الْمُشْتَرِي كَذَا ذُكِرَ في الْأَصْلِ

وقال الْحَسَنُ بن زِيَادٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ تَصَرَّفَ في مِلْكِ نَفْسِهِ فَيَنْفُذُ كما لو بَاعَ إلَّا أَنَّ الْبَيْعَ وَنَحْوَهُ مِمَّا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ وُجُودِهِ فَنَفَذَ ولم يَلْزَمْ وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الِانْتِقَاضَ كَالْإِعْتَاقِ فَكَانَ نَفَاذُهَا لُزُومَهَا

وَلَنَا أَنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الشَّفِيعِ بِالْمَبِيعِ يَمْنَعُ من صَيْرُورَتِهِ مَسْجِدًا لِأَنَّ الْمَسْجِدَ ما يَكُونُ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى وَتَعَلُّقُ حَقِّ الْعَبْدِ بِهِ يَمْنَعُ خُلُوصَهُ لِلَّهِ عز وجل فَيَمْنَعُ صَيْرُورَتَهُ مَسْجِدًا وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الدَّارَ الْمُشْتَرَاةَ بِالشُّفْعَةِ لِوُجُودِ السَّبَبِ وهو جِوَارُ الْمِلْكِ أو الشَّرِكَةُ في مِلْكِ الْمَبِيعِ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اشْتَرَى دَارًا وَلَهَا شَفِيعٌ فَبِيعَتْ دَارٌ إلَى جَنْبِ هذه الدَّارِ فَطَالَبَ الْمُشْتَرِي بِالشُّفْعَةِ وقضى له بها ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ يُقْضَى له بِالدَّارِ التي بِجِوَارِهِ وَيَمْضِي الْقَضَاءُ في الثَّانِيَةِ لِلْمُشْتَرِي أَمَّا لِلشَّفِيعِ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا لِلْمُشْتَرِي فَلِأَنَّ الْجِوَارَ كان ثَابِتًا له وَقْتَ الْبَيْعِ وَالْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ إلَّا أَنَّهُ بَطَلَ بَعْدَ ذلك بِأَخْذِ الشَّفِيعِ لِلدَّارِ بِالشُّفْعَةِ وَهَذَا لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ جِوَارَ الْمِلْكِ لم يَكُنْ ثَابِتًا كَمَنْ اشْتَرَى دَارًا وَلَهَا شَفِيعٌ فقضى له بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ بَاعَ دَارَهُ التي بها يَشْفَعُ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ بِالشُّفْعَةِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَلَوْ كان الشَّفِيعُ جَارًا لِلدَّارَيْنِ فَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فيقضي له بِكُلِّ الدَّارِ الْأُولَى وَبِالنِّصْفِ من الثَّانِيَةِ لِأَنَّهُ جَارٌ خَاصٌّ لِلدَّارِ الْأُولَى فَيَخْتَصُّ بِشُفْعَتِهَا وهو مع الْمُشْتَرِي جَارَانِ لِلدَّارِ الثَّانِيَةِ فَيَشْتَرِكَانِ في شُفْعَتِهَا وَشِرَاءُ الْمُشْتَرِي لَا يُبْطِلُ حَقَّهُ في الشُّفْعَةِ وَلِأَنَّهُ لَا يُنَافِيهِ بَلْ يُقَرِّرُهُ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ ثُمَّ اشْتَرَى رَجُلٌ آخَرُ نِصْفَهَا الْآخَرَ فَخَاصَمَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فيقضي له بِالشُّفْعَةِ بِالشَّرِكَةِ ثُمَّ خَاصَمَهُ الْجَارُ في الشُّفْعَتَيْنِ جميعا أَنَّ الْجَارَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ النِّصْفِ الْأَوَّلِ وَلَا حَقَّ له في النِّصْفِ الثَّانِي لِأَنَّهُ جَارٌ لِلنِّصْفِ الْأَوَّلِ فَيَأْخُذُهُ بِالْجِوَارِ وَالْمُشْتَرِي شَرِيكٌ عِنْدَ بَيْعِ النِّصْفِ الثَّانِي لِثُبُوتِ الْمِلْكِ له في النِّصْفِ الْأَوَّلِ بِسَبَبِ الشِّرَاءِ وَثُبُوتُ الْحَقِّ لِلشَّفِيعِ في النِّصْفِ الْأَوَّلِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي فيه فَكَانَ شَرِيكًا عِنْدَ بَيْعِ النِّصْفِ الثَّانِي وَالشَّرِيكُ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ

وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى نِصْفَهَا ثُمَّ اشْتَرَى نِصْفَهَا الْآخَرَ رَجُلٌ آخَرُ فلم يُخَاصِمْهُ فيه حتى أَخَذَ الْجَارُ النِّصْفَ الْأَوَّلَ فَالْجَارُ أَحَقُّ بِالنِّصْفِ الثَّانِي لِأَنَّ الْمِلْكَ وَإِنْ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ في النِّصْفِ الْأَوَّلِ لَكِنَّهُ قد بَطَلَ بِأَخْذِ الْجَارِ بِالشُّفْعَةِ فَبَطَلَ حَقُّهُ في الشُّفْعَةِ

وَلَوْ وَرِثَ رَجُلٌ دَارًا فَبِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ بِيعَتْ دَارٌ إلَى جَنْبِ الثَّانِيَةِ فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ الدَّارُ الْمَوْرُوثَةُ وَطَلَبَ الْمُسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ فإن الْمُسْتَحِقَّ يَأْخُذُ الدَّارَ الثَّانِيَةَ وَالْوَارِثُ أَحَقُّ بِالثَّالِثَةِ لِأَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ الدَّارَ التي يَشْفَعُ بها الْوَارِثُ كانت مِلْكَ الْمُسْتَحِقِّ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الثَّانِيَةَ بِغَيْرِ حَقٍّ إذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَكُنْ جَارًا فَكَانَتْ الشُّفْعَةُ في الثَّانِيَةِ لِلْمُسْتَحِقِّ وَالْوَارِثُ

يَكُونُ أَحَقَّ بِالثَّالِثَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ كان ثَابِتًا لِلْوَارِثِ عِنْدَ بَيْعِ الثَّالِثَةِ فَكَانَ السَّبَبُ وهو جِوَارُ الْمِلْكِ ثَابِتًا له عِنْدَهُ ثُمَّ بَطَلَ الِاسْتِحْقَاقُ وَبُطْلَانُ الْمِلْكِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الشُّفْعَةِ وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَ قِسْمَةَ الْمُشْتَرِي حتى لو اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ من رَجُلٍ مُشَاعًا وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَالْقِسْمَةُ مَاضِيَةٌ ليس لِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَهَا لِيَأْخُذَ نِصْفَهَا مُشَاعًا
سَوَاءٌ كانت قِسْمَتُهُ بِقَضَاءٍ أو بِغَيْرِ قَضَاءٍ
لِأَنَّ الْقِسْمَةَ من تَمَامِ الْقَبْضِ
وَلِهَذَا لم تَصِحَّ هِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ صِحَّةِ الْهِبَةِ وَالْقَبْضُ على التَّمَامِ لَا يَتَحَقَّقُ مع الشِّيَاعِ
وإذا كانت الْقِسْمَةُ من تَمَامِ الْقَبْضِ فَالشَّفِيعُ لَا يَمْلِكُ نَقْضَ الْقَبْضِ بِأَنْ اشْتَرَى دَارًا وَقَبَضَهَا ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ وَأَرَادَ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ لِيَأْخُذَهَا من الْبَائِعِ لم يَمْلِكْ ذلك وإذا لم يَمْلِكْ نَقْضَ الْقَبْضِ لَا يَمْلِكُ نَقْضَ ما بِهِ تَمَامُ الْقَبْضِ وهو الْقِسْمَةُ بِخِلَافِ ما إذَا كانت الدَّارُ مُشْتَرَكَةً بين اثْنَيْنِ بَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ من رَجُلٍ فَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي الشَّرِيكَ الذي لم يَبِعْ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ له أَنْ يَنْقُضَ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ هُنَاكَ لَيْسَتْ من جُمْلَةِ الْقَبْضِ لِأَنَّهَا من حُكْمِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ إذْ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ كما أَوْجَبَ الْمِلْكَ أَوْجَبَ الْقِسْمَةَ في الْمُشَاعِ وَالْبَيْعُ الْأَوَّلُ لم يَقَعْ مع هذا الْمُشْتَرِي الذي قَاسَمَ فلم تَكُنْ هذه الْقِسْمَةُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ بَلْ بِحُكْمِ الْمِلْكِ وَالتَّصَرُّفُ بِحُكْمِ الْمِلْكِ يَمْلِكُ الشَّفِيعُ نَقْضَهُ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ
وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ الذي أَصَابَ الْمُشْتَرِي بِالشُّفْعَةِ سَوَاءٌ وَقَعَ نَصِيبُ الْمُشْتَرِي من جَانِبِ الشَّفِيعِ أو من جَانِبٍ آخَرَ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ وَجَبَتْ له في النِّصْفِ المشتري وَالنِّصْفُ الذي أَصَابَ الْمُشْتَرِي هو الْمُشْتَرَى لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إفْرَازٌ
وَلَوْ وَقَعَ نَصِيبُ الْبَائِعِ من جَانِبِ الشَّفِيعِ فَبَاعَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ قبل طَلَبِ الشَّفِيعِ الشُّفْعَةَ الْأولى ثُمَّ طَلَبَ الشَّفِيعُ فَإِنْ قَضَى الْقَاضِي بِالشُّفْعَةِ الْأَخِيرَةِ جَعَلَ نِصْفَ الْبَائِعِ بين الشَّفِيعِ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي وَقَضَى بِالشُّفْعَةِ الْأولى وَهِيَ نِصْفُ الْمُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ لِأَنَّ الشَّفِيعَ مع الْمُشْتَرِي جَارَانِ لِنِصْفِ الْبَائِعِ وَالشَّفِيعُ جَارٌ خَاصٌّ لِنِصْفِ الْمُشْتَرِي
وَلَوْ بَدَأَ فَقَضَى لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ الْأُولَى قَضَى له بِالْأَخِيرَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا قضي له بِالشُّفْعَةِ الْأولى بَطَلَ حَقُّ جِوَارِ الْمُشْتَرِي فلم يَبْقَ له حَقُّ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَرُدَّ الْمَشْفُوعَ فيه بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ وَلِلْمُشْتَرِي حَقُّ الْحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْمِلْكَ فيه لَمَّا كان يَثْبُتُ بِالتَّمَلُّكِ بِبَدَلٍ كان الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ شِرَاءً فَيُرَاعَى فيه أَحْكَامُ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ طَرِيقِ التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ وَبَيَانُ كَيْفِيَّتِهِ فَالتَّمَلُّكُ بِالشُّفْعَةِ يَكُونُ بِأَحَدِ طَرِيقَيْنِ إمَّا بِتَسْلِيمِ الْمُشْتَرِي وَإِمَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي أَمَّا التَّمَلُّكُ بِالتَّسْلِيمِ بِالْبَيْعِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِتَسْلِيمِ الْمُشْتَرِي بِرِضَاهُ بِبَدَلٍ يبذله (((يبدله))) الشَّفِيعُ وهو الثَّمَنُ يُفَسِّرُ الشِّرَاءَ وَالشِّرَاءُ تَمَلُّكٌ
وَأَمَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَالْكَلَامُ فيه في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ كَيْفِيَّةِ التَّمَلُّكِ بِالْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ وفي بَيَانِ شَرْطِ جَوَازِ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ
وفي بَيَانِ وَقْتِ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمَبِيعُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْبَائِعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان في يَدِ الْبَائِعِ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَاضِيَ إذَا قَضَى بِالشُّفْعَةِ يُنْتَقَضُ الْبَيْعُ الذي كان بين الْبَائِعِ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي في الْمَشْهُورِ من قَوْلِهِمْ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُنْقَضُ
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ الْبَيْعُ لَا يُنْتَقَضُ بَلْ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إلَى

الشَّفِيعِ وقال بَعْضُهُمْ يُنْتَقَضُ الْبَيْعُ الذي جَرَى بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَيَنْعَقِدُ لِلشَّفِيعِ بَيْعٌ آخَرُ كَأَنَّهُ كان من الْبَائِعِ إيجَابَانِ أَحَدُهُمَا مع الْمُشْتَرِي وَالْآخَرُ مع الشَّفِيعِ فإذا قَضَى الْقَاضِي بِالشُّفْعَةِ فَقَدْ قَبِلَ الشَّفِيعُ الْإِيجَابَ الذي أُضِيفَ إلَيْهِ وَانْتَقَضَ ما أُضِيفَ إلَى الْمُشْتَرِي سَوَاءٌ قَبِلَ الْمُشْتَرِي الْإِيجَابَ الْمُضَافَ إلَيْهِ أو لم يَقْبَلْ

وَجْهُ قَوْلِ من قال بِالتَّحَوُّلِ لَا بِالِانْتِقَاضِ أَنَّ الْبَيْعَ لو انْتَقَضَ لَتَعَذَّرَ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ من شَرَائِطِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ فإذا انْتَقَضَ لم يَجِبْ فَتَعَذَّرَ الْأَخْذُ

وَجْهُ قَوْلِ من قال إنَّهُ يُنْتَقَضُ نَصُّ مُحَمَّدٍ وَالْمَعْقُولُ وَالْأَحْكَامُ أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال انْتَقَضَ الْبَيْعُ فِيمَا بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّ الْقَاضِيَ إذَا قَضَى بِالشُّفْعَةِ قبل الْقَبْضِ فَقَدْ عَجَزَ الْمُشْتَرِي عن قَبْضِ الْمَبِيعِ وَالْعَجْزُ عن قَبْضِ الْمَبِيعِ يُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ لِخُلُوِّهِ عن الْفَائِدَةِ كما إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ قبل الْقَبْضِ

وَالثَّانِي أَنَّ الْمِلْكَ قبل الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ لِلْمُشْتَرِي لِوُجُودِ آثَارِ الْمِلْكِ في حَقِّهِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَلَوْ تَحَوَّلْ الْمِلْكُ إلَى الشَّفِيعِ لم يَثْبُتْ الْمِلْكُ المشتري (((للمشتري)))

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ

(5/23)

فإن لِلشَّفِيعِ أَنْ يَرُدَّ الدَّارَ على من أَخَذَهَا منه بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وإذا رَدَّ عليه لَا يَعُودُ شِرَاءُ الْمُشْتَرِي وَلَوْ تَحَوَّلَتْ الصَّفْقَةُ إلَى الشَّفِيعِ لَعَادَ شِرَاءُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ التَّحَوُّلَ كان لِضَرُورَةِ مُرَاعَاةِ حَقِّ الشَّفِيعِ وَلَمَّا رَدَّ فَقَدْ زَالَتْ الضَّرُورَةُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَعُودَ الشِّرَاءُ وَلِأَنَّهَا لو تَحَوَّلَتْ إلَيْهِ لَصَارَ الْمُشْتَرِي وَكِيلًا لِلشَّفِيعِ لِأَنَّ عَقْدَهُ يَقَعُ له وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَمَا ثَبَتَ لِلشَّفِيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ إذَا كان الْمُشْتَرِي رَآهَا قبل ذلك وَرَضِيَ بها لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ يَبْطُلُ بِرُؤْيَةِ الْوَكِيلِ وَرِضَاهُ

وَكَذَلِكَ لو كان الشِّرَاءُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَهَا لِلْحَالِ يَأْخُذُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَلَوْ تَحَوَّلَتْ الصَّفْقَةُ إلَيْهِ لَأَخَذَهَا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ وَكَذَا لو اشْتَرَاهَا على الْبَائِعِ برىء (((بريء))) من كل عَيْبٍ بها عِنْدَ الْبَيْعِ ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَوَجَدَ بها عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا على من أَخَذَهَا منه

وَلَوْ تَحَوَّلَتْ تِلْكَ الصَّفْقَةُ إلَى الشَّفِيعِ لَمَا ثَبَتَ له حَقُّ الرَّدِّ كما لم يَثْبُتْ لِلْمُشْتَرِي فَدَلَّتْ هذه الْمَسَائِلُ على أَنَّ شِرَاءَ الْمُشْتَرِي يُنْتَقَضُ وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِشِرَاءٍ مبتدأ بَعْدَ إيجَابٍ مبتدأ مُضَافٍ إلَيْهِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِمْ أَنَّ الْبَيْعَ لو انْتَقَضَ لَتَعَذَّرَ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ لَا يَأْخُذُ بِذَلِكَ الْعَقْدِ لِانْتِقَاضِهِ بَلْ بِعَقْدٍ مبتدأ مُقَرَّرٍ بين الْبَائِعِ وَبَيْنَ الشَّفِيعِ على ما بَيَّنَّا تَقْرِيرَهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَإِنْ كان الْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ منه وَدَفَعَ الثَّمَنَ إلَى الْمُشْتَرِي وَالْبَيْعُ الْأَوَّلُ صَحِيحٌ لِأَنَّ التَّمَلُّكَ وَقَعَ على الْمُشْتَرِي فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى منه ثُمَّ إذَا أَخَذَ الدَّارَ من يَدِ الْبَائِعِ يَدْفَعُ الثَّمَنَ إلَى الْبَائِعِ وَكَانَتْ الْعُهْدَةُ عليه وَيَسْتَرِدُّ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ من الْبَائِعِ إنْ كان قد نَقَدَ وَإِنْ أَخَذَهَا من يَدِ الْمُشْتَرِي دَفَعَ

الثَّمَنَ إلَى الْمُشْتَرِي وَكَانَتْ الْعُهْدَةُ عليه لِأَنَّ الْعُهْدَةَ هِيَ حَقُّ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَكُونُ على من قَبَضَ الثَّمَنُ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا كان نَقَدَ الثَّمَنَ ولم يَقْبِضْ الدَّارَ حتى قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِمَحْضَرٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الدَّارَ من الْبَائِعِ وَيَنْقُدُ الثَّمَنَ لِلْمُشْتَرِي وَالْعُهْدَةُ على الْمُشْتَرِي
وَإِنْ كان لم يَنْقُدْ دَفَعَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إلَى الْبَائِعِ وَالْعُهْدَةُ على الْبَائِعِ لِأَنَّهُ إذَا كان نَقَدَ الثَّمَنَ لِلْبَائِعِ فَالْمِلْكُ لَا يَقَعُ على الْبَائِعِ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ له وَلَا بُدَّ أَيْضًا لِبُطْلَانِ حَقِّ الْحَبْسِ بِنَقْدِ الثَّمَنِ بَلْ يَقَعُ على الْمُشْتَرِي فَيَكُونُ الثَّمَنُ له وَالْعُهْدَةُ عليه وإذا كان لم يَنْقُدْ فَلِلْبَائِعِ حَقُّ الْحَبْسِ فَلَا يَتَمَكَّنُ الشَّفِيعُ من قَبْضِ الدَّارِ إلَّا بِدَفْعِ الثَّمَنِ إلَى الْبَائِعِ فَكَانَتْ الْعُهْدَةُ على الْبَائِعِ وَأَمَّا شَرْطُ جَوَازِ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ فَحَضْرَةُ الْمَقْضِيِّ عليه لِأَنَّ الْقَضَاءَ على الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَبِيعَ إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْبَائِعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان في يَدِ الْبَائِعِ فَلَا بُدَّ من حَضْرَةِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي جميعا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمٌ أَمَّا الْبَائِعُ فَبِالْيَدِ وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَبِالْمِلْكِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْضِيًّا عليه فَيُشْتَرَطُ حَضْرَتُهُمَا لِئَلَّا يَكُونَ قَضَاءٌ على الْغَائِبِ من غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ
وَأَمَّا إنْ كان في يَدِ الْمُشْتَرِي فَحَضْرَةُ الْبَائِعِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ ويكتفي بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَائِعَ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ خَصْمًا لِزَوَالِ مِلْكِهِ وَيَدِهِ عن الْمَبِيعِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ وَكَذَا حَضْرَةُ الشَّفِيعِ أو وَكِيلِهِ شَرْطُ جَوَازِ الْقَضَاءِ له بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ على الْغَائِبِ كما لَا يَجُوزُ فَالْقَضَاءُ لِلْغَائِبِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا ثُمَّ الْقَاضِي إذَا قَضَى بِالشُّفْعَةِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلشَّفِيعِ وَلَا يَقِفُ ثُبُوتُ الْمِلْكِ له على التَّسْلِيمِ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلشَّفِيعِ يَثْبُتُ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ وَالشِّرَاءُ الصَّحِيحُ يُوجِبُ الْمِلْكَ بِنَفْسِهِ وَأَمَّا وَقْتُ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ فَوَقْتُهُ وَقْتُ الْمُنَازَعَةِ وَالْمُطَالَبَةِ بها فإذا طَالَبَهُ بها الشَّفِيعُ يَقْضِي الْقَاضِي له بِالشُّفْعَةِ سَوَاءٌ حَضَرَ الثَّمَنُ أو لَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الدَّارَ حتى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ من الشَّفِيعِ
وَكَذَا الْوَرَثَةُ لِأَنَّ التَّمَلُّكَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي وَلِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ
فَإِنْ أَبَى أَنْ يَنْقُدَ حَبَسَهُ الْقَاضِي
لِأَنَّهُ ظَهَرَ ظُلْمُهُ بِالِامْتِنَاعِ من إيفَاءِ حَقٍّ وَاجِبٍ عليه فَيَحْبِسُهُ وَلَا يَنْقُضُ الشُّفْعَةَ كَالْمُشْتَرِي إذَا امْتَنَعَ من إيفَاءِ الثَّمَنِ أَنَّهُ يُحْبَسُ وَلَا يُنْقَضُ الْبَيْعُ وَإِنْ طَلَبَ أَجَلًا لِنَقْدِ الثَّمَنِ أَجَّلَهُ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ النَّقْدُ لِلْحَالِ فَيَحْتَاجُ إلَى مُدَّةٍ يَتَمَكَّنُ فيها من النَّقْدِ فيهمله (((فيمهله))) وَلَا يَحْبِسُهُ
لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الظُّلْمِ بِالْمَطْلِ ولم يَظْهَرْ مَطْلُهُ
فَإِنْ مَضَى الْأَجَلُ ولم يَنْقُدْ حَبَسَهُ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ حتى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الْمَالَ فَإِنْ طَلَبَ أَجَلًا أَجَّلَهُ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ولم يَقْضِ له بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ قَضَى بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ أَبَى الشَّفِيعُ أَنْ يَنْقُدَ حَبَسَهُ وَهَذَا عِنْدِي ليس بِاخْتِلَافٍ على الْحَقِيقَةِ وَلِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ قبل إحْضَارِ الثَّمَنِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ لَفْظَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالشُّفْعَةِ حتى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الْمَالَ لَا يَدُلُّ على أَنَّهُ ليس له أَنْ يَقْضِيَ بَلْ هو إشَارَةٌ إلَى نَوْعِ احْتِيَاطٍ

وَاخْتِيَارُ الْأَوَّلِ لَا تُسْتَعْمَلُ لَفْظَةُ لَا يَنْبَغِي إلَّا في مِثْلِهِ وَلِهَذَا لو قضي جَازَ وَنَفَذَ قَضَاؤُهُ نَصَّ عليه مُحَمَّدٌ وَلَيْسَ ذلك لِكَوْنِهِ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ بِمَذْهَبِ الْمُخَالِفِ في الْمُجْتَهَدَاتِ إنَّمَا يَنْفُذُ بِشَرِيطَةِ اعْتِقَادِ إصَابَتِهِ فيه وَإِفْضَاءِ اجْتِهَادِهِ إلَيْهِ وقد أَطْلَقَ الْقَضِيَّةَ في النَّفَاذِ من غَيْرِ هذا الشَّرْطِ فَدَلَّ أَنَّهُ لَا خِلَافَ في الْمَسْأَلَةِ على التَّحْقِيقِ ثُمَّ إنْ ثَبَتَ الْخِلَافُ

فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إنَّمَا يَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ عن الشَّفِيعِ وَالْقَضَاءُ قبل إحْضَارِ الثَّمَنِ يَتَضَمَّنُ الضَّرَرَ بِالْمُشْتَرِي لِاحْتِمَالِ إفْلَاسِ الشَّفِيعِ وَدَفْعُ الضَّرَرِ عن الْإِنْسَانِ بِإِضْرَارِ غَيْرِهِ مُتَنَاقِضٌ فَلَا يقضي قبل الْإِحْضَارِ وَلَكِنْ يُؤَجِّلُهُ يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةً إنْ طَلَبَ التَّأْجِيلَ تَمْكِينًا له من نَقْدِ الثَّمَنِ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الشَّفِيعَ يَصِيرُ مُتَمَلِّكًا الْمَشْفُوعَ فيه بِمُقْتَضَى الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ كان اشْتَرَاهُ منه وَالتَّمَلُّكُ بِالشِّرَاءِ لَا يَقِفُ على إحْضَارِ الثَّمَنِ كما في الشِّرَاءِ المبتدأ

وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لو ضَرَبَ له الْقَاضِي أَجَلًا فقال له إنْ لم تَأْتِ بِالثَّمَنِ إلَى وَقْتِ كَذَا فَلَا شُفْعَةَ لك فلم يَأْتِ بِهِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ

وَكَذَا إذَا قال الشَّفِيعُ إنْ لم أُعْطِكَ الثَّمَنَ إلَى وَقْتِ كَذَا فَأَنَا بَرِيءٌ من الشُّفْعَةِ لِأَنَّ هذا تَعْلِيقُ إسْقَاطِ حَقِّ الشُّفْعَةِ بِالشَّرْطِ وَالْإِسْقَاطَاتُ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَنَحْوِ ذلك

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ شَرْطِ التَّمَلُّكِ فَالتَّمَلُّكُ بِالشُّفْعَةِ له شَرْطَانِ أَحَدُهُمَا رِضَا الْمُشْتَرِي أو قَضَاءُ الْقَاضِي لِأَنَّ تَمَلُّكَ مَالِ الْغَيْرِ مِمَّا لَا سَبِيلَ إلَيْهِ في الشَّرْعِ إلَّا بِالتَّرَاضِي أو بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَلَا يَثْبُتُ التَّمَلُّكُ بِدُونِهِمَا

وَالثَّانِي أَنْ لَا يَتَضَمَّنَ التَّمَلُّكُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ على الْمُشْتَرِي فَإِنْ تَضَمَّنَ ليس له أَنْ يَتَمَلَّكَ لِأَنَّ في التَّفْرِيقِ ضَرَرًا بِالْمُشْتَرِي وهو ضَرَرُ الشَّرِكَةِ وَدَفْعُ الضَّرَرِ بِالضَّرَرِ مُتَنَاقِضٌ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا أَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَ المشتري بِالشُّفْعَةِ دُونَ بعض (((بعضه))) أَنَّهُ هل يَمْلِكُ ذلك فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ المشتري لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُ مُمْتَازًا عن الْبَعْضِ وَإِمَّا أَنْ لَا يَكُونَ فَإِنْ لم يَكُنْ بِأَنْ اشْتَرَى دَارًا وَاحِدَةً فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَهَا بِالشُّفْعَةِ دُونَ الْبَعْضِ أو يَأْخُذَ الْجَانِبَ الذي يَلِي الدَّارَ دُونَ الْبَاقِي ليس له ذلك بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَلَكِنْ يَأْخُذُ الْكُلَّ أو يَدَعُ لِأَنَّهُ لو أَخَذَ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ لَتَفَرَّقَتْ الصَّفْقَةُ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمِلْكَ له في كل الدَّارِ ثَبَتَ بِقَوْلٍ وَاحِدٍ فَكَانَ أَخْذُ الْبَعْضِ تَفْرِيقًا فَلَا يَمْلِكُهُ الشَّفِيعُ وَسَوَاءٌ اشْتَرَى وَاحِدٌ من وَاحِدٍ أو وَاحِدٌ من اثْنَيْنِ أو أَكْثَرَ حتى لو أَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ ليس له لِمَا قُلْنَا سَوَاءٌ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ أو لم يَقْبِضْ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أَصْحَابِنَا وَرُوِيَ عَنْهُمْ أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ قبل الْقَبْضِ وَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَ من الْمُشْتَرِي نَصِيبَ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْقَبْضِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ التَّمَلُّكَ قبل الْقَبْضِ لَا يَتَضَمَّنُ مَعْنَى التَّفْرِيقِ لِأَنَّ التَّمَلُّكَ يَقَعُ على الْبَائِعِ وقد خَرَجَ نَصِيبُهُ عن مِلْكِهِ فَلَا يَلْزَمُهُ ضَرَرُ التَّفْرِيقِ وهو ضَرَرُ الشَّرِكَةِ بِخِلَافِ ما بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّ التَّمَلُّكَ بَعْدَ الْقَبْضِ يَقَعُ على الْمُشْتَرِي أَلَا تَرَى أَنَّ الْعُهْدَةَ عليه وَفِيهِ تفريق (((تفرق))) مِلْكِهِ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ لِلْمُشْتَرِي بِصَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَبِمِلْكِ نَصِيبِ أَحَدِ

الْبَائِعَيْنِ تَفْرِيقَ مِلْكِهِ فَيَلْزَمُهُ ضَرَرُ الشَّرِكَةِ
وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلَانِ من رَجُلٍ حرا (((دارا))) فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ الْأَخْذَ هُنَا لَا يَتَضَمَّنُ التَّفْرِيقَ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ حَصَلَتْ مُتَفَرِّقَةً وَقْتَ وُجُودِهَا إذْ الْمِلْكُ في نَصِيبِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَبَتَ بِقَوْلِهِ فلم تَتَّحِدْ الصَّفْقَةُ فَلَا يَقَعُ الْأَخْذُ تَفْرِيقًا لِحُصُولِ التَّفْرِيقِ قَبْلَهُ وَسَوَاءٌ كان بَعْدَ الْقَبْضِ أو قَبْلَهُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ ليس لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ قبل الْقَبْضِ إلَّا الْكُلَّ وَبَعْدَ الْقَبْضِ له أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ أَخْذَ الْبَعْضِ قبل الْقَبْضِ يَتَضَمَّنُ تَفْرِيقَ الْيَدِ على الْبَائِعِ وَالتَّمَلُّكُ قبل الْقَبْضِ لَا يَتَضَمَّنُ التَّفْرِيقَ لِأَنَّ التَّمَلُّكَ يَقَعُ على الْبَائِعِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَلَا تَرَى أَنَّ أَحَدَ الْمُشْتَرِيَيْنِ لو أَرَادَ أَنْ يَقْبِضَ حِصَّتَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ليس له ذلك
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الصَّفْقَةَ حَصَلَتْ مُتَفَرِّقَةً من الِابْتِدَاءِ فَلَا يَكُونُ أَخْذُ الْبَعْضِ تَفْرِيقًا لِحُصُولِ التَّفْرِيقِ قبل الْأَخْذِ وَقَوْلُهُ فيه تَفْرِيقُ الْيَدِ وهو الْقَبْضُ مَمْنُوعٌ فَالشَّفِيعُ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ بِالشُّفْعَةِ وَلَكِنَّهُ لَا يُفَرِّقُ الْيَدَ حتى لو نَقَدَ الثَّمَنَ ليس له أَنْ يَقْبِضَ أَحَدَ النِّصْفَيْنِ ما لم يَنْقُدْ الْآخَرَ كيلا يَتَفَرَّقَ الْقَبْضُ وَسَوَاءٌ سَمَّى لِكُلِّ نِصْفٍ ثَمَنًا على حِدَةٍ أو سَمَّى لِلْجُمْلَةِ ثَمَنًا وَاحِدًا فَالْعِبْرَةُ لِاتِّحَادِ الصَّفْقَةِ وَتَعَدُّدِهَا لَا لِاتِّحَادِ الثَّمَنِ وَتَعَدُّدِهِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من التَّفْرِيقِ هو الضَّرَرُ وَالضَّرَرُ

(5/25)

يَنْشَأُ عن اتِّحَادِ الصَّفْقَةِ لَا عن اتِّحَادِ الثَّمَنِ وَسَوَاءٌ كان الْمُشْتَرِي عَاقِدًا لِنَفْسِهِ أو لِغَيْرِهِ في الْفَصْلَيْنِ جميعا حتى لو وَكَّلَ رَجُلَانِ جميعا رَجُلًا وَاحِدًا بِالشِّرَاءِ فَاشْتَرَى الْوَكِيلُ من رَجُلَيْنِ فَجَاءَ الشَّفِيعُ ليس له أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلٌ وَاحِدٌ رَجُلَيْنِ فَاشْتَرَيَا من وَاحِدٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ ما اشْتَرَاهُ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ وَكَذَا لو كان الْوُكَلَاءُ عَشَرَةً اشْتَرَوْا لِرَجُلٍ وَاحِدٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ من وَاحِدٍ أو من اثْنَيْنِ أو من ثَلَاثَةٍ
قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنَّمَا أَنْظُرُ في هذا إلَى الْمُشْتَرِي وَلَا أَنْظُرُ إلَى الْمُشْتَرَى له وهو نَظَرٌ صَحِيحٌ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ من حُقُوقِ الْبَيْعِ وَأَنَّهَا رَاجِعَةٌ إلَى الْوَكِيلِ فَكَانَتْ الْعِبْرَةُ لِاتِّحَادِ الْوَكِيلِ وَتَعَدُّدِهِ دُونَ الْمُوَكِّلِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَإِنْ كان المشتري بَعْضُهُ مُمْتَازًا عن الْبَعْضِ بِأَنْ اشْتَرَى دَارَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ إحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى فَإِنْ كان شَفِيعًا لَهُمَا جميعا فَلَيْسَ له ذلك وَلَكِنْ يَأْخُذُهُمَا جميعا أو يَدَعُهُمَا وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ له أَنْ يَأْخُذَ إحْدَاهُمَا بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَانِعَ من أَخْذِ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ هو لُزُومُ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ولم يُوجَدْ هَهُنَا لِانْفِصَالِ كل وَاحِدَةٍ من الدَّارَيْنِ عن الْأُخْرَى
وَلَنَا أَنَّ الصَّفْقَةَ وَقَعَتْ مُجْتَمِعَةً لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مَلَكَ الدَّارَيْنِ بِقَبُولٍ وَاحِدٍ فَلَا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ تَفْرِيقَهَا كما في الدَّارِ الْوَاحِدَةِ وَقَوْلُهُ ليس فيه ضَرَرُ الشَّرِكَةِ مُسَلَّمٌ لَكِنْ فيه ضَرَرٌ آخَرُ وهو أَنَّ الْجَمْعَ بين الْجَيِّدِ وَالرَّدِيءِ في الصَّفْقَةِ

مُعْتَادٌ فِيمَا بين الناس فَلَوْ ثَبَتَ له حَقُّ أَخْذِ أَحَدِهِمَا لَأَخَذَ الْجَيِّدَ فَيَتَضَرَّرُ له الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الرَّدِيءَ لَا يشتري وَحْدَهُ بِمِثْلِ ما يشتري مع الْجَيِّدِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ
وَسَوَاءٌ كانت الدَّارَانِ مُتَلَاصِقَتَيْنِ أو مُتَفَرِّقَتَيْنِ في مِصْرٍ وَاحِدٍ أو مِصْرَيْنِ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ لِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى في الْجَانِبَيْنِ فَإِنْ كان الشَّفِيعُ شَفِيعًا لأحداهما دُونَ الْأُخْرَى وَوَقَعَ الْبَيْعُ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَهَلْ له أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ روى عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ ليس له أَنْ يَأْخُذَ إلَّا التي تُجَاوِرُهُ بِالْحِصَّةِ
وَكَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في الدَّارَيْنِ الْمُتَلَاصِقَيْنِ إذَا كان الشَّفِيعُ جَارًا لأحدهما (((لإحداهما))) أَنَّهُ ليس له الشُّفْعَةُ إلَّا فِيمَا يَلِيهِ وَكَذَا قال مُحَمَّدٌ في الْأَقْرِحَةِ الْمُتَلَاصِقَةِ وَوَاحِدٌ منها يَلِي أَرْضَ إنْسَانٍ وَلَيْسَ بين الْأَقْرِحَةِ طَرِيقٌ وَلَا نَهْرٌ إنَّمَا هِيَ مُنْسَاةٌ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ له إلَّا في الْقَرَاحِ الذي يَلِيهِ خَاصَّةً
وَكَذَلِكَ في الْقَرْيَةِ إذَا بِيعَتْ بِدُورِهَا وَأَرَاضِيهَا أَنَّ لِكُلِّ شَفِيعٍ أَنْ يَأْخُذَ الْقَرَاحَ الذي يَلِيهِ خَاصَّةً وروى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ في ذلك كُلِّهِ بِالشُّفْعَةِ
قال الْكَرْخِيُّ رِوَايَةُ الْحَسَنِ تَدُلُّ على أَنَّ قَوْلَ أبي حَنِيفَةَ كان مِثْلَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ رَجَعَ عن ذلك فَجَعَلَهُ كَالدَّارِ الْوَاحِدَةِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْحَقِّ وهو الْجِوَارُ وُجِدَ في أَحَدِهِمَا وهو ما يَلِيهِ فَلَا يَمْلِكُ إلَّا أَخْذَ أَحَدِهِمَا وَالصَّفْقَةُ وَإِنْ وَقَعَتْ مُجْتَمِعَةً وَلَكِنَّهَا أُضِيفَتْ إلَى شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ فيه حَقُّ الشُّفْعَةِ وَالْآخَرُ لم يَثْبُتْ فيه حَقُّ الشُّفْعَةِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ ما ثَبَتَ فيه الْحَقُّ كما إذَا اشْتَرَى عَقَارًا أو مَنْقُولًا صَفْقَةً وَاحِدَةً أَنَّهُ يَأْخُذُ الْعَقَارَ خَاصَّةً كَذَا هذا
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ وَإِنْ وُجِدَ فِيمَا يَلِيهِ دُونَ الْبَاقِي لَكِنْ لَا سَبِيلَ إلَى أَخْذِهِ خَاصَّةً بِدُونِ الْبَاقِي لِمَا فيه من تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ فَيَأْخُذُ ما يَلِيهِ قَضِيَّةً لِلسَّبَبِ وَيَأْخُذُ الْبَاقِيَ ضَرُورَةَ التَّحَرُّزِ عن تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُتَمَلَّكُ بِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ ثَمَنُ المشتري لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا له مِثْلٌ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا مِثْلَ له كالزروعات (((كالمزروعات))) وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ كَالثَّوْبِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِ ذلك فَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بمثله لِأَنَّ فيه تَحْقِيقَ مَعْنَى الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ إذْ هو تَمْلِيكٌ بِمِثْلِ ما تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له يَأْخُذُ بِقِيمَتِهِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال أَهْلُ الْمَدِينَةِ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ المشتري
وَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ الْمَصِيرَ إلَى قِيمَةِ الْمَبِيعِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إيجَابِ الْمُسَمَّى من الثَّمَنِ هو الْأَصْلُ في الشَّرِيعَةِ كما في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَهَهُنَا تَعَذَّرَ الْأَخْذُ بِالْمُسَمَّى فَصَارَ إلَى قِيمَةِ الدَّارِ وَالْعَقَارِ
وَلَنَا أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ يُمَلَّكُ بِمِثْلِ ما تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كان الثَّمَنُ الذي تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كان الْأَخْذُ بِهِ تَمَلُّكًا بِالْمِثْلِ صُورَةً وَمَعْنًى وَإِنْ لم يَكُنْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كان الْأَخْذُ بِقِيمَتِهِ تَمَلُّكًا بِالْمِثْلِ مَعْنًى لِأَنَّ قِيمَتَهُ مِقْدَارُ مَالِيَّتِهِ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ لِهَذَا سُمِّيَتْ قِيمَتُهُ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ فَكَانَ مثله مَعْنًى وَأَمَّا قِيمَةُ الدَّارِ فَلَا تَكُونُ مِثْلَ الْعَبْدِ وَالثَّوْبِ لَا صُورَةً وَلَا مَعْنًى فَالتَّمَلُّكُ بها لَا يَكُونُ تَمَلُّكًا بِالْمِثْلِ فَلَا

يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ تَبَايَعَا دَارًا بِدَارٍ فَلِشَفِيعِ كل وَاحِدَةٍ من الدَّارَيْنِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِقِيمَتِهَا لِأَنَّ الدَّارَ لَيْسَتْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَلَا يُمْكِنُ الْأَخْذُ بِمِثْلِهَا فَيَأْخُذَ بِقِيمَتِهَا كَالْعَبْدِ وَالثَّوْبِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما لو اشْتَرَى دَارًا بِعَرَضٍ ولم يَتَقَابَضَا حتى هَلَكَ الْعَرَضُ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيمَا بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ وَكَذَلِكَ لو كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ الدَّارَ ولم يُسَلِّمْ الْعَرَضَ حتى هَلَكَ
أَمَّا بُطْلَانُ الْبَيْعِ فِيمَا بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فَلِأَنَّ الْعَرَضَ مَبِيعٌ إذا الْمَبِيعُ في الْأَصْلِ ما يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ في الْبَيْعِ والغرض (((والعرض))) يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ في الْبَيْعِ فَكَانَ مَبِيعًا وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ يُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ لِتَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ بَعْدَ الْهَلَاكِ فلم يَكُنْ في إبْقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ فَيَبْطُلُ
وَأَمَّا بَقَاءُ الشُّفْعَةِ لِلشَّفِيعِ فَلِأَنَّ الْوَاجِبَ عليه قِيمَةُ الْعَرَضِ لَا عَيْنُهُ وَالْقِيمَةُ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ في حَقِّهِ فَكَانَ بَقَاءُ الْعَرَضِ في حَقِّ الشَّفِيعِ وَهَلَاكُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ الشَّفِيعُ إنَّمَا يَأْخُذُ بِمَا وَجَبَ بِالْعَقْدِ لَا بِمَا أَعْطَى بَدَلًا من الْوَاجِبِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ يُمَلَّكُ بِمِثْلِ ما تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي وَالْمُشْتَرِي تَمَلَّكَ الْمَبِيعَ بِالْمُسَمَّى وهو الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِهِ حتى لو اشْتَرَى الدَّارَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ثُمَّ دَفَعَ مَكَانَهَا عَرَضًا فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لَا بِالْعَرَضِ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ هِيَ الْوَاجِبَةُ بِالْعَقْدِ
وَأَمَّا الْعَرَضُ فَإِنَّمَا أَخَذَهُ الْبَائِعُ بِعَقْدٍ آخَرَ وهو الِاسْتِبْدَالُ فلم يَكُنْ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ فَصَارَ كَأَنَّ الْبَائِعَ اشْتَرَى بِالثَّمَنِ عَرَضًا ابْتِدَاءً ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَكَانَ يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ لَا بِالْعَرَضِ كَذَا هذا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ زَادَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ في الثَّمَنِ فَالزِّيَادَةُ لَا تَلْزَمُ الشَّفِيعَ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إنَّمَا يَأْخُذُ بِمَا وَجَبَ بِالْعَقْدِ وَالزِّيَادَةُ ما وَجَبَتْ بِالْعَقْدِ في حَقِّ الشَّفِيعِ لِانْعِدَامِهَا وَقْتَ الْعَقْدِ حَقِيقَةً إلَّا أنها جُعِلَتْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِمَا فَلَا يَظْهَرُ الْوُجُودُ في حَقِّ الشَّفِيعِ فلم تَكُنْ الزِّيَادَةُ ثَمَنًا في حَقِّهِ بَلْ كانت هِبَةً مُبْتَدَأَةً فَلَا تَتَعَلَّقُ بها الشُّفْعَةُ كَالْهِبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ
وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ عن الْمُشْتَرِي أو أَبْرَأَهُ عن الْبَعْضِ فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بِمَا بَقِيَ لِأَنَّ حَطَّ بَعْضِ الثَّمَنِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَيَظْهَرُ في حَقِّ الشَّفِيعِ كان الْعَقْدَ ما وَرَدَ إلَّا على هذا الْقَدْرِ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ فإن الْتِحَاقَهَا لَا يَظْهَرُ في حَقِّ الشَّفِيعِ لِمَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّ في تَصْحِيحِ الزِّيَادَةِ ثَمَنًا في حَقِّ الشَّفِيعِ ضَرَرًا بِهِ وَلَا ضَرَرَ عليه في الْحَطِّ وَلَوْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا يَسْقُطُ عنه شَيْءٌ لِأَنَّ حَطَّ كل الثَّمَنِ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ لو الْتَحَقَ لَبَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعًا بِلَا ثَمَنٍ فلم يَصِحَّ الْحَطُّ في حَقِّ الشَّفِيعِ وَالْتَحَقَ في حَقِّهِ بِالْعَدَمِ فَيَأْخُذُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا يَسْقُطُ عنه شَيْءٌ لِأَنَّ حَطَّ كل الثَّمَنِ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَصَحَّ في حَقِّ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كان إبْرَاءً له عن الثَّمَنِ
وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ مُضِيَّ الْأَجَلِ فَأَخَذَ عِنْدَ ذلك وَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَهَا لِلْحَالِّ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إنَّمَا يَأْخُذُ بِمَا وَجَبَ بِالْبَيْعِ وَالْأَجَلُ لم يَجِبْ بِالْبَيْعِ وَإِنَّمَا وَجَبَ بِالشَّرْطِ وَالشَّرْطُ لم يُوجَدْ في حَقِّ الشَّفِيعِ وَلِهَذَا لم يَثْبُتْ خِيَارُ الْمُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ بِأَنْ اشْتَرَى على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ لِأَنَّ ثُبُوتَهُ بِالشَّرْطِ ولم يُوجَدْ من الشَّفِيعِ وَكَذَا الْبَرَاءَةُ عن الْعَيْبِ لَا تَثْبُتُ في حَقِّ الشَّفِيعِ لِأَنَّ ثُبُوتَهَا بِالشَّرْطِ ولم يُوجَدْ مع الشَّفِيعِ كَذَا هذا وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ من الْأَخْذِ في الْحَالِّ لِأَنَّ الشَّفِيعَ غَيْرُ مَجْبُورٍ على الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ
وَلَوْ اخْتَارَ الشَّفِيعُ أَخْذَ الدَّارِ بِثَمَنٍ حَالٍّ كان الثَّمَنُ لِلْبَائِعِ على الْمُشْتَرِي إلَى أَجَلٍ لِأَنَّ الْأَخْذَ من الْمُشْتَرِي منه بِمَنْزِلَةِ التَّمَلُّكِ المبتدأ كَأَنَّهُ اشْتَرَى منه فَلَا

يُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَبَقِيَ الْأَوَّلُ على حَالِهِ فَكَانَ الثَّمَنُ على حَالِهِ إلَى أَجَلِهِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ في شِرَاءِ الدَّارِ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ أَنَّهُ يَجِبُ على الشَّفِيعِ أَنْ يَطْلُبَ عنه عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ فَإِنْ سَكَتَ إلَى حِينِ مَحِلِّ الْأَجَلِ فَذَلِكَ تَسْلِيمٌ منه ثُمَّ رَجَعَ وقال إذَا طَلَبَ عِنْدَ حَلِّ الْأَجَلِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ وَإِنْ لم يَطْلُبْ عِنْدَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ

وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ وَقْتَ الطَّلَبِ هو وَقْتُ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ لَا وَقْتَ حَلِّ الْأَجَلِ فَقَدْ أَخَّرَهُ عن وَقْتِهِ من غَيْرِ عُذْرٍ فَبَطَلَ الْحَقُّ

وَجْهُ قَوْلِهِ الْآخَرِ أَنَّ الطَّلَبَ لَا يُرَادُ لِعَيْنِهِ بَلْ لِتَأْكِيدِ الْحَقِّ وَاسْتِقْرَارِهِ وَالتَّأْكِيدُ لَا يُرَادُ لِنَفْسِهِ بَلْ لِإِمْكَانِ الْأَخْذِ وَلَهُ أَنْ لَا يَأْخُذَ قبل حِلِّ الْأَجَلِ فَلَهُ أَنْ لَا يَطْلُبَ قبل حِلِّهِ أَيْضًا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُتَمَلَّكُ بِالشُّفْعَةِ فَالَّذِي يَتَمَلَّكُهُ الشَّفِيعُ بِالشُّفْعَةِ هو الذي مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ سَوَاءٌ مَلَكَهُ أَصْلًا أو تَبَعًا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا وَقْتَ التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ وَذَلِكَ تحو (((نحو))) الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَالزَّرْعِ وَالثَّمَرِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُؤْخَذَ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ وَالزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِالشُّفْعَةِ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الشَّفِيعَ إنَّمَا يَتَمَلَّكُ ما يَثْبُتُ له فيه حَقُّ الشُّفْعَةِ وَأَنَّهُ يَثْبُتُ في الْعَقَارِ لَا في الْمَنْقُولِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مَنْقُولَةٌ فلم يَثْبُتْ فيها الْحَقُّ فَلَا تُتَمَلَّكُ بِالشُّفْعَةِ وَخَاصَّةً الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ لِأَنَّهُمَا مَبِيعَانِ وَمَقْصُودَانِ لَا يَدْخُلَانِ في الْعَقْدِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ فلم يَثْبُتْ الْحَقُّ فِيهِمَا لَا أَصْلًا وَلَا تَبَعًا

وَلَنَا أَنَّ الْحَقَّ إذَا ثَبَتَ في الْعَقَارِ يَثْبُتُ فِيمَا هو تَبَعٌ له لِأَنَّ حُكْمَ التَّبَعِ حُكْمُ الْأَصْلِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تَابِعَةٌ لِلْعَقَارِ حَالَةَ الِاتِّصَالِ أَمَّا الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ فَظَاهِرَانِ لِأَنَّ قِيَامَهُمَا بِالْأَرْضِ

وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ لِأَنَّ قِيَامَ الزَّرْعِ وَقِيَامَ الثَّمَرِ بِالشَّجَرِ وَقِيَامَ الشَّجَرِ بِالْأَرْضِ فَكَانَ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بواسط (((بواسطة))) الشَّجَرِ فَيَثْبُتُ الْحَقُّ فِيهِمَا تَبَعًا فَيَمْلِكُهُمَا بِالشُّفْعَةِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ إلَّا أَنَّهُمَا لَا يَدْخُلَانِ في الْعَقْدِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ مع وُجُودِ التَّبَعِيَّةِ حَقِيقَةً بِالنَّصِّ وهو ما سَنَرْوِي في كِتَابِ الْبُيُوعِ عن سَيِّدِنَا رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من بَاعَ نَخْلًا قد أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ فما دَامَ الْبِنَاءُ وَالشَّجَرُ مُتَّصِلًا بِالْأَرْضِ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ معه بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَكَذَا له أَنْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ مع الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ بَقْلًا كان الزَّرْعُ أو مُسْتَحْصَدًا إذَا كان مُتَّصِلًا فَأَمَّا إذَا زَالَ الِاتِّصَالُ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَلَا سَبِيلَ لِلشَّفِيعِ عليه وَإِنْ كان عَيْنُهُ قائما (((قائمة))) سَوَاءٌ كان الزَّوَالُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِصُنْعِ الْمُشْتَرِي أو الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ في هذه الْأَشْيَاءِ إنَّمَا ثَبَتَ مَعْدُولًا بِهِ عن الْقِيَاسِ مَعْلُولًا بِالتَّبَعِيَّةِ وقد زَالَتْ التَّبَعِيَّةُ بِزَوَالِ الِاتِّصَالِ فَيُرَدُّ الْحُكْمُ فيه إلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَهَلْ يَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ هذا لَا يَخْلُو أما إنْ كان مِمَّا يَدْخُلُ في الْعَقْدِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وأما إنْ كان مِمَّا لَا يَدْخُلُ فيه إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ فَإِنْ كان مِمَّا يَدْخُلُ في الْعَقْدِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ كَالْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ يُنْظَرُ إنْ كان زَوَالُ الِاتِّصَالِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ بِأَنْ احْتَرَقَ الْبِنَاءُ أو غَرِقَ أو جَفَّ شَجَرُ الْبُسْتَانِ لَا

يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ الْأَرْضَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ
وَكَذَلِكَ لو انْهَدَمَتْ الدَّارُ سَوَاءٌ بَقِيَ عَيْنُ النَّقْضِ أو هَلَكَ كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في مُخْتَصَرِهِ وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغَرَقِ وَالْحَرْقِ وَفَرَّقَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فقال إنْ احْتَرَقَ أو غَرِقَ ولم يَبْقَ منه شَيْءٌ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ
وَإِنْ انْهَدَمَ يَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ ما إذَا انْهَدَمَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو الْأَجْنَبِيِّ لَكِنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا من وَجْهٍ آخَرَ وهو أَنَّ هُنَاكَ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مُتَّصِلًا فَيُقْسَمُ الثَّمَنُ على قِيمَةِ الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا وَعَلَى قِيمَةِ الْأَرْضِ فَيَأْخُذُ الْأَرْضَ بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ وَهَهُنَا يُعْتَبَرُ مُنْفَصِلًا سَاقِطًا وَيَسْقُطُ ذلك الْقَدْرُ من الثَّمَنِ
وَالصَّحِيحُ ما ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْبِنَاءَ تَبَعٌ والاتباع لَا حِصَّةَ لها من الثَّمَنِ إلَّا أَنْ تَصِيرَ مَقْصُودَةً بِالْفِعْلِ وهو الاتلاف وَالْقَبْضُ ولم يُوجَدْ وَلِهَذَا لو احْتَرَقَ أو غَرِقَ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ كَذَا هذا
وَإِنْ كان زَوَالُ الِاتِّصَالِ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو أجنبى بِأَنْ انْهَدَمَ الْبِنَاءُ أو قُطِعَ الشَّجَرُ يَسْقُطُ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بالاتلاف فَصَارَ له حِصَّةٌ من الثَّمَنِ كَأَطْرَافِ الْعَبْدِ وَيُقْسَمُ الثَّمَنُ على الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا وَعَلَى قِيمَةِ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُسْقِطُ حِصَّةَ الْبِنَاءِ فَصَارَ مَضْمُونًا عليه بِفِعْلِهِ وهو الْهَدْمُ وَالْهَدْمُ صَادَفَهُ وهو مَبْنِيٌّ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مَبْنِيًّا بِخِلَافِ ما إذَا انْهَدَمَ بِنَفْسِهِ على رِوَايَةِ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ انْهَدَمَ لَا بِصُنْعِ أَحَدٍ فَيُعْتَبَرُ حَالُهُ يوم الِانْهِدَامِ وَلَوْ لم يَهْدِمْ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ لَكِنَّهُ بَاعَهُ بِغَيْرِ أَرْضٍ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ كان أَحَقَّ بِالْبِنَاءِ وَالْأَرْضِ فَيَأْخُذُ وَيُنْتَقَضُ الْبَيْعُ في الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ بَاعَ الْبِنَاءَ وَحَقُّ الشَّفِيعِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ تَبَعًا لِلْأَرْضِ لِوُجُودِ الِاتِّصَالِ فَكَانَ سبيل (((سبيلا))) من إبْطَالِ الْبَيْعِ كما لو بَاعَ الْأَصْلَ وهو الْأَرْضُ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ أَنَّ له أَنْ يَأْخُذَ وَيُنْتَقَضُ الْبَيْعُ كما قُلْنَا كَذَا هذا
وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَدْخُلُ في الْعَقْدِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ كَالثَّمَرِ وَالزَّرْعِ يُسْقِطُ عن الشَّفِيعِ حِصَّتَهُ من الثَّمَنِ سَوَاءٌ كان زَوَالُ الِاتِّصَالِ بِصُنْعِ الْعَبْدِ أو بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ إذَا احْتَرَقَ الْبِنَاءُ أو غَرِقَ أو انْهَدَمَ على رِوَايَةِ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ لِأَنَّ الْبِنَاءَ مَبِيعٌ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا لِثُبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فيها تَبَعًا لَا مَقْصُودًا بِالتَّسْمِيَةِ والاتباع ما لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ إلَّا إذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالْفِعْلِ ولم يُوجَدْ فَأَمَّا الثَّمَرُ وَالزَّرْعُ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ مَقْصُودٌ
أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ في الْعَقْدِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَخُصَّهُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ فَإِنْ هَلَكَ يَهْلِكْ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ سَوَاءٌ هَلَكَ بِنَفْسِهِ أو بِالِاسْتِهْلَاكِ لِمَا قُلْنَا وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْعَقْدِ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْحِصَّةَ بِالْعَقْدِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْعَقْدِ فَيُقْسَمُ الثَّمَنُ على قِيمَةِ

الْأَرْضِ وَعَلَى قِيمَةِ الزَّرْعِ وَقْتَ الْعَقْدِ لَكِنَّهُ كَيْفَ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا يوم الْعَقْدِ مَفْصُولًا مَجْذُوذًا أَمْ قَائِمًا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الزَّرْعِ وهو بَقْلٌ

مَفْصُولٌ وَمَجْذُوذٌ فَيَسْقُطُ عنه ذلك الْقَدْرُ
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في النَّوَادِرِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ قَائِمًا فَتُقَوَّمُ الْأَرْضُ وَفِيهَا الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ وَتُقَوَّمُ وَلَيْسَ فيها الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ فَيَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ ما بين ذلك
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الزَّرْعَ دخل في الْعَقْدِ وهو مُتَّصِلٌ وَيَثْبُتُ الْحَقُّ فيه وهو مُنْفَصِلٌ وَكَذَا الثَّمَرُ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا على صِفَةِ الِاتِّصَالِ على أَنَّ في اعْتِبَارِ حَالَةِ الِانْفِصَالِ اضرارا بِالشَّفِيعِ إذْ ليس لِلْمَفْصُولِ وَالثَّمَرِ الْمَجْذُوذِ كَثِيرُ قِيمَةٍ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الشَّفِيعُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن حَقَّ الشَّفِيعِ إنَّمَا سَقَطَ زَوَالِ الِاتِّصَالِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا مُنْفَصِلًا لَا مُتَّصِلًا
وَكَذَا لو كانت الْأَرْضُ مَبْذُورَةً ولم يَطْلُعْ الزَّرْعُ بَعْدُ ثُمَّ طَلَعَ ففصله
(((فقصله))) الْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْسَمُ الثَّمَنُ على قِيمَةِ الْبَذْرِ وَعَلَى قِيمَةِ الْأَرْضِ فَيَسْقُطُ قَدْرُ قِيمَةِ الْبَذْرِ عن الثَّمَنِ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تُقَوَّمُ الْأَرْضُ مَبْذُورَةً وَغَيْرَ مَبْذُورَةٍ فَيَسْقُطُ عنه ما بَيْن ذلك إذَا آجَرَ الشَّفِيعُ الْأَرْضَ مع الشَّجَرِ بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ وَبَقِيَتْ الثَّمَرَةُ في يَدِ الْبَائِعِ هل يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَنَّ الثَّمَرَةَ لَازِمَةٌ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ له وَلَوْ كان الْبَائِعُ أَتْلَفَ الثَّمَرَةَ قبل أَنْ يَأْخُذَ الشَّفِيعُ الْأَرْضَ بِالشُّفْعَةِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّهُ لَمَّا أَتْلَفَ الثَّمَرَةَ فَقَدْ فَرَّقَ الصَّفْقَةَ على الْمُشْتَرِي قبل التَّمَامِ من غَيْرِ رِضَاهُ وَأَنَّهُ يُوجِبُ الْخِيَارَ بِخِلَافِ ما إذَا كان الشَّفِيعُ أَخَذَ الْأَرْضَ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ التَّفْرِيقَ هُنَاكَ حَصَلَ بِرِضَا الْمُشْتَرِي لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ كان ثَابِتًا في الْمَأْخُوذِ وَأَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ فَكَانَ التَّفْرِيقُ هُنَاكَ لِضَرُورَةِ حَقٍّ ثَابِتٍ لَازِمٍ شَرْعًا فَكَانَ الْمُشْتَرِي رَاضِيًا بِهِ وَالتَّفْرِيقُ الْمَرْضِيُّ بِهِ لَا يُوجِبُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كانت هذه الْأَشْيَاءُ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْعَقْدِ مُتَّصِلَةً بِالْعَقَارِ وَدَامَ الِاتِّصَالُ إلَى وَقْتِ التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ أو زَالَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَأَمَّا إذَا لم تَكُنْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْعَقْدِ وَوُجِدَتْ بَعْدَهُ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَإِنْ كان الْحَادِثُ مِمَّا يَثْبُتُ حُكْمُ الْبَيْعِ فيه تَبَعًا وهو الثَّمَرُ بِأَنْ وَقَعَ الْبَيْعُ وَلَا ثَمَرَ في الشَّجَرِ ثُمَّ أَثْمَرَ بَعْدَهُ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فما دَامَ مُتَّصِلًا يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ مع الْأَرْضِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمُ الْبَيْعِ فيه تَبَعًا لِثُبُوتِهِ في الْأَرْضِ بِوَاسِطَةِ الشَّجَرِ فَكَانَ مَبِيعًا تَبَعًا فَيَثْبُتُ حَقُّ الشُّفْعَةِ تَبَعًا سَوَاءٌ حَدَثَ في يَدِ الْمُشْتَرِي أو في يَدِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مَوْجُودَةٌ في الْحَالَيْنِ فَإِنْ زَالَ الِاتِّصَالُ
فَحَضَرَ الشَّفِيعُ فَإِنْ كان حَدَثَ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَسَوَاءٌ كان زَوَالُهُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وهو قَائِمٌ بَعْدَ الزَّوَالِ أو هَالِكٌ أو كان زَوَالُهُ بِفِعْلِ أَحَدٍ أَمَّا إذَا كان بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وهو قَائِمٌ أو هَالِكٌ لِأَنَّهُ كان تَبَعًا حَالَةَ الِاتِّصَالِ ولم يَرِدْ عليه فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مَقْصُودًا وَالتَّبَعُ لَا يَصِيرُ له حِصَّةٌ من الثَّمَنِ بِدُونِهِ وَأَمَّا إذَا كان الزول (((الزوال))) بِصُنْعِ الْعَبْدِ بِأَنْ جده (((جذه))) الْمُشْتَرِي وهو قَائِمٌ أو هَالِكٌ فَلِأَنَّهُ لم يَرِدْ عليه الْعَقْدُ وَلَا الْقَبْضُ وَإِنْ كان حَدَثَ في يَدِ الْبَائِعِ فَإِنْ كان الزَّوَالُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وهو قَائِمٌ أو هَالِكٌ فَكَذَلِكَ أَخَذَ الشَّفِيعُ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إنْ شَاءَ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مَقْصُودًا فَيُقَابِلُهُ الثَّمَنُ
وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْبَائِعِ بِأَنْ اسْتَهْلَكَهُ يَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ لِصَيْرُورَتِهِ مَقْصُودًا بالاتلاف وَإِنْ كان الْحَادِثُ مِمَّا لم يَثْبُتْ فيه حُكْمُ الْبَيْعِ رَأْسًا لَا أَصْلًا وَلَا تَبَعًا بِأَنْ بَنَى الْمُشْتَرِي بنا (((بناء))) أو غَرَسَ أو زَرَعَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ يقضي له بِشُفْعَةِ الْأَرْضِ وَيُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على قَلْعِ الْبِنَاءِ

وَالْغَرْسِ وَتَسْلِيمِ السَّاحَةِ إلَى الشَّفِيعِ إلَّا إذَا كان في الْقَلْعِ نُقْصَانُ الْأَرْضِ فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْضَ بِالثَّمَنِ والبنا (((والبناء))) وَالْغَرْسَ بِقِيمَتِهِ مَقْلُوعًا وَإِنْ شَاءَ أَجْبَرَ الْمُشْتَرِي على الْقَلْعِ وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على قَلْعِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ الْأَرْضَ بِثَمَنِهَا وَالْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِقِيمَتِهِ قَائِمًا غير مَقْلُوعٍ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رضي اللَّهُ عنه

وَأَجْمَعُوا على أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لو زَرَعَ في الْأَرْضِ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على قَلْعِهِ وَلَكِنَّهُ يَنْتَظِرُ إدْرَاكَ الزَّرْعِ ثُمَّ يقضي له بِالشُّفْعَةِ فَيَأْخُذُ الْأَرْضَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ

وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ في الْجَبْرِ على النَّقْضِ ضَرَرًا بِالْمُشْتَرِي وهو إبْطَالُ تَصَرُّفِهِ في مِلْكِهِ وَفِيمَا قُلْنَا مُرَاعَاةُ الْجَانِبَيْنِ

أَمَّا جَانِبُ الْمُشْتَرِي فَظَاهِرٌ لِأَنَّ فيه صِيَانَةَ حَقِّهِ عن الْإِبْطَالِ وَأَمَّا جَانِبُ الشَّفِيعِ فَلِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ وَأَخْذُ الشَّيْءِ بِقِيمَتِهِ لَا ضَرَرَ فيه على أَحَدٍ وَجْهُ ظَاهِرِ

(5/29)

الرِّوَايَةِ أَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ كان مُتَعَلِّقًا بِالْأَرْضِ قبل الْبِنَاءِ ولم يَبْطُلْ ذلك بِالْبِنَاءِ بَلْ بَقِيَ فإذا قضى له بِالشُّفْعَةِ فَقَدْ صَارَ ذَلك الْحَقُّ مِلْكًا له فَيُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ مِلْكِهِ إلَيْهِ وَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمُ إلَّا بِالنَّقْضِ فَيُؤْمَرُ بِالنَّقْضِ وَلِهَذَا أُمِرَ الناصب (((الغاصب))) وَالْمُشْتَرِي عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ بِالنَّقْضِ كَذَا هذا قَوْلُهُ في النَّقْضِ ضَرَرٌ بِالْمُشْتَرِي قُلْنَا أن كان فيه ضَرَرٌ بِهِ فَهُوَ الذي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ بَنَى على مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ وَلَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ الْأَرْضَ بِالشُّفْعَةِ وَبَنَى عليها ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ وَأُمِرَ الشَّفِيعُ بِنَقْضِ الْبِنَاءِ فإن الشَّفِيعَ يَرْجِعُ على الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ وَلَا يَرْجِعُ عليه بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ إنْ كان أَخَذَ منه وَلَا على الْبَائِعِ أَيْضًا إنْ كان أَخَذَ منه في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عليه وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي وَلَوْ كان اشْتَرَاهُ لَرَجَعَ عليه كَذَا إذَا أَخَذَهُ بِالشُّفْعَةِ له الرُّجُوعُ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ في الشِّرَاءِ لِوُجُودِ الْغُرُورِ من الْبَائِعِ وَضَمَانِ السَّلَامَةِ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ كُلَّ بَائِعٍ مُخَبِّرٌ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ يَبِيعُ منك (((ملك))) نَفْسِهِ وَشَارِطٌ سَلَامَةَ ما يبني فيه دَلَالَةً فإذا لم يُسَلِّمْ يَدْفَعْ بِحُكْمِ الضَّمَانِ الْمَشْرُوطِ دَلَالَةً إذْ ضَمَانُ الْغُرُورِ ضَمَانُ الْكَفَالَةِ في الْحَقِيقَةِ وَلَا غُرُورَ من الْمُشْتَرِي في حَقِّ الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ على التَّمَلُّكِ منه وَحَقُّ الرُّجُوعِ بِضَمَانِ الْغُرُورِ على الْمُخْتَارِ لَا على الْمَجْبُورِ كَالْجَارِيَةِ الْمَأْسُورَةِ إذَا اشْتَرَاهَا رَجُلٌ فَأَخَذَهَا الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِالثَّمَنِ وَاسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ من يَدِهِ وقضى عليه بِالْعُقْرِ وَقِيمَةِ الْوَلَدِ فإنه يَرْجِعُ على الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ الذي دَفَعَهُ إلَيْهِ وَلَا يَرْجِعُ عليه بِقِيمَةِ الْوَلَدِ وَمِثْلُهُ إذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالشِّرَاءِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ فإن الْمُشْتَرِيَ يَرْجِعُ على بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ وَبِقِيمَةِ الْوَلَدِ لِصَيْرُورَتِهِ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ وَلَا غُرُورَ من الْمُشْتَرِي من الْحَرْبِيِّ لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا في التَّمَلُّكِ عليه بِمَا أَخَذَهُ من الْحَرْبِيِّ كَذَا هذا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يُتَمَلَّكُ منه الشخص (((الشقص))) الْمَشْفُوعُ فيه

فَالشَّفِيعُ يَتَمَلَّكُ من الذي في يَدِهِ إنْ كان في يَدِ الْبَائِعِ أَخَذَهُ منه وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَالْعُهْدَةُ عليه وَإِنْ كان في يَدِ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ إلَيْهِ وَالْعُهْدَةُ عليه سَوَاءٌ كان الْمُشْتَرِي عَاقِدًا لِنَفْسِهِ أو لِغَيْرِهِ بِأَنْ كان وَكِيلًا بِالشِّرَاءِ وَقَبَضَ الدَّارَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُهَا من يَدِ الْوَكِيلِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْوَكِيلَ لم يَشْتَرِ لِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا اشْتَرَى لِمُوَكِّلِهِ فلم يَكُنْ هو خَصْمًا بَلْ الْخَصْمُ الْمُوَكِّلُ فَلَا يَأْخُذُ منه وَلَكِنْ يُقَالُ له سَلِّمْ الدَّارَ إلَى الْمُوَكِّلِ فإذا سَلَّمَ يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ منه

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الشُّفْعَةَ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وإنها رَاجِعَةٌ إلَى الْوَكِيلِ وَالْوَكِيلُ في الْحُقُوقِ أَصْلٌ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي لِنَفْسِهِ فَكَانَ خَصْمَ الشَّفِيعِ فَيَأْخُذُ الدَّارَ منه بِالثَّمَنِ وَكَانَتْ الْعُهْدَةُ عليه وَإِنْ كان الْوَكِيلُ سَلَّمَ الدَّارَ إلَى الْمُوَكِّلِ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فإنه يَأْخُذُ الدَّارَ من الْمُوَكِّلِ وَيَدْفَعُ الثَّمَنَ إلَيْهِ وَكَانَتْ الْعُهْدَةُ عليه وَلَا خُصُومَةَ لِلشَّفِيعِ مع الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ بِالتَّسْلِيمِ إلَى الْمُوَكِّلِ زَالَتْ يَدُهُ عن الدَّارِ فَخَرَجَ من أَنْ يَكُونَ خَصْمًا بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ إذَا سَلَّمَ الدَّارَ إلَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا خُصُومَةَ لِلشَّفِيعِ مع الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا غير أَنَّ الدَّارَ إذَا كانت في يَدِ الْبَائِعِ لم يَكُنْ خَصْمًا ما لم يَحْضُرْ الْمُشْتَرِي وإذا كانت في يَدِ الْوَكِيلِ يَكُونُ خَصْمًا وَإِنْ لم يَحْضُرْ الْمُوَكِّلُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالتَّوْكِيلِ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكِّلِ وَالْبَائِعُ ليس بِقَائِمٍ مَقَامَ الْمُشْتَرِي لِانْعِدَامِ ما يُوجِبُ ذلك

وَلَوْ قال الْمُشْتَرِي قبل أَنْ يُخَاصِمَهُ الشَّفِيعُ في الشُّفْعَةِ إنَّمَا اشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ وسلم إلَيْهِ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ أَقَرَّ قبل أَنْ يَكُونَ خَصْمًا لِلشَّفِيعِ فَصَحَّ إقْرَارُهُ لِانْعِدَامِ التُّهْمَةِ فَصَارَ كما لو كانت الْوَكَالَةُ مَعْلُومَةً وَلَوْ أَقَرَّ بِذَلِكَ بَعْدَمَا خَاصَمَهُ الشَّفِيعُ لم تَسْقُطْ الْخُصُومَةُ عنه لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ في هذا الْإِقْرَارِ لِصَيْرُورَتِهِ خَصْمًا لِلشَّفِيعِ فَلَا يُقْبَلُ في إبْطَالِ حَقِّهِ

وَلَوْ أَقَامَ بينه أَنَّهُ قال قبل الشِّرَاءِ إنَّمَا اشْتَرَى لِفُلَانٍ لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ هذه الْبَيِّنَةَ لو صَدَقَتْ لم تَدْفَعْ الْخُصُومَةَ عنه لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بها إلَّا الشِّرَاءُ لِفُلَانٍ وَبِهَذَا لَا تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أنها لَا تُقْبَلُ لِإِثْبَاتِ الْمِلْكِ لِلْغَائِبِ وَتُقْبَلُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّفِيعِ حتى يَحْضُرَ الْمُقَرُّ له

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ اخْتِلَافِ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي فَاخْتِلَافُهُمَا لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَرْجِعَ إلَى الثَّمَنِ وأما أَنْ يَرْجِعَ إلَى الْمَبِيعِ وأما أَنْ يَرْجِعَ إلَى صِفَةِ الْمَبِيعِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الثَّمَنِ فَلَا يَخْلُو أما أَنْ يَقَعَ الِاخْتِلَافُ في جِنْسِ الثَّمَنِ وأما أَنْ يَقَعَ في قَدْرِهِ

وأما يَقَعَ في صِفَتِهِ وَإِنْ وَقَعَ في الْجِنْسِ بِأَنْ قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ بِمِائَةِ دِينَارٍ وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ

بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي عليه التَّمَلُّكَ بهذا الْجِنْسِ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكِرِ مع يَمِينِهِ وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ أَعْرَفُ بِجِنْسِ الثَّمَنِ من الشَّفِيعِ لِأَنَّ الشِّرَاءَ وُجِدَ منه لَا من الشَّفِيعِ فَكَانَ أَعْرَفَ بِهِ من الشَّفِيعِ فَيَرْجِعُ في مَعْرِفَةِ الْجِنْسِ إلَيْهِ

وَإِنْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ في قَدْرِ الثَّمَنِ بِأَنْ قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ بِأَلْفَيْنِ وقال الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ وَعَلَى الشَّفِيعِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي التَّمَلُّكَ على الْمُشْتَرِي بهذا الْقَدْرِ من الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكِرِ

وَلَوْ صَدَّقَ الْبَائِعُ الشَّفِيعَ بِأَنْ قال بِعْتُ بِأَلْفٍ يُنْظَرُ في ذلك إنْ كان الْبَائِعُ ما قَبَضَ الثَّمَنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بِالْأَلْفِ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ في يَدِ الْبَائِعِ أو في يَدِ الْمُشْتَرِي إذَا لم يَكُنْ نَقَدَ الثَّمَنَ

لِأَنَّ الْبَائِعَ إذَا لم يَكُنْ قَبَضَ الثَّمَنَ فَالتَّمَلُّكُ يَقَعُ عليه بِتَمْلِيكِهِ فَيَرْجِعُ في مِقْدَارِ ما مَلَكَ بِهِ إلَى قَوْلِهِ

وَلِأَنَّ الشِّرَاءَ لو وَقَعَ بِأَلْفٍ كما قَالَهُ الْبَائِعُ أَخَذَ الشَّفِيعُ

وَإِنْ وَقَعَ بِأَلْفَيْنِ كما قَالَهُ الْمُشْتَرِي كان قَوْلُ الْبَائِعِ بِعْتُ بِأَلْفٍ حَطَّ بَعْضِ الثَّمَنِ عن الْمُشْتَرِي وَحَطُّ بَعْضِ الثَّمَنِ يَصِحُّ وَيَظْهَرُ في حَقِّ الشَّفِيعِ على ما مَرَّ

وَإِنْ كان الْبَائِعُ قَبَضَ الثَّمَنَ لَا يُلْتَفَتُ إلَى تَصْدِيقِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ لم يَبْقَ له حَقٌّ في الْمَبِيعِ أَصْلًا وَصَارَ أَجْنَبِيًّا فَالْتُحِقَ تَصْدِيقُهُ بِالْعَدَمِ وَقِيلَ إنَّهُ يراعي التَّقْدِيمُ وَالتَّأْخِيرُ في تَصْدِيقِ الْبَائِعِ فَإِنْ بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ بِأَنْ قال بِعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُهَا بِأَلْفٍ وَإِنْ بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ بِأَنْ قال قَبَضْتُ الثَّمَنَ وهو الْأَلْفُ لَا يُلْتَفَتُ إلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ فقال بِعْتُ بِأَلْفٍ فَقَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ فَهُوَ بِقَوْلِهِ قَبَضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إسْقَاطَ حَقٍّ مُتَعَلِّقٍ بِقَوْلِهِ فَلَا يُصَدَّقُ وإذا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ فَقَدْ صَارَ أَجْنَبِيًّا فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ في مِقْدَارِ الثَّمَنِ

وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ الْمَبِيعَ إذَا كان في يَدِ الْبَائِعِ فَأَقَرَّ بِقَبْضِ الثَّمَنِ وَزَعَمَ أَنَّهُ أَلْفٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَبِيعَ إذَا كان في يَدِ الْبَائِعِ فَالتَّمَلُّكُ يَقَعُ عليه فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ في مِقْدَارِ الثَّمَنِ

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْبَائِعُ مع الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ وَالدَّارُ في يَدِ الْبَائِعِ أو الْمُشْتَرِي لَكِنَّهُ لم يَنْقُدْ الثَّمَنَ فَالْقَوْلُ في ذلك قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْبَائِعُ مع الْمُشْتَرِي يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ وَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ الدَّارَ بِمَا قال الْبَائِعُ إنْ شَاءَ

أَمَّا التَّحَالُفُ وَالتَّرَادُّ فِيمَا بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فَلِقَوْلِهِ عليه السلام إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَأَمَّا أَخْذُ الشَّفِيعِ بِقَوْلِ الْبَائِعِ إنْ شَاءَ فَلِأَنَّهُ إذَا لم يَقْبِضْ الثَّمَنَ فَالتَّمَلُّكُ يَقَعُ عليه فَكَانَ الْقَوْلُ في مِقْدَارِ الثَّمَنِ في حَقِّ الشَّفِيعِ

قَوْلُهُ وَإِنْ كان الْبَائِعُ قد قَبَضَ الثَّمَنَ فَلَا يُلْتَفَتُ إلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ صَارَ أَجْنَبِيًّا على ما بَيَّنَّا هذا إذَا لم يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ لَا لِلشَّفِيعِ وَلَا لِلْمُشْتَرِي فَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ بَيِّنَةَ الْمُشْتَرِي تُظْهِرُ زِيَادَةً فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ كما إذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي في مِقْدَارِ الثَّمَنِ فقال الْبَائِعُ بِعْتُ بِأَلْفَيْنِ

وقال الْمُشْتَرِي بِأَلْفٍ وَأَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا من وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا إن الزِّيَادَةَ التي تُظْهِرُهَا إحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ لَا مُعَارِضَ لها فَتُقْبَلُ في قَدْرِ الزِّيَادَةِ لِخُلُوِّهَا عن الْمُعَارِضِ وَلَا يُمْكِنُ إلَّا بِالْقَبُولِ في الْكُلِّ فَتُقْبَلُ في الْكُلِّ ضَرُورَةً

وَالثَّانِي إن الْبَيِّنَةَ الْمُظْهِرَةَ للزياة (((للزيادة))) مُثْبِتَةٌ وَالْأُخْرَى نَافِيَةٌ وَالْمُثْبِتُ يَتَرَجَّحُ على النَّافِي وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه طَرِيقَتَانِ إحْدَاهُمَا ذَكَرَهَا أبو يُوسُفَ لِأَبِي حَنِيفَةَ ولم يَأْخُذْ بها

وَالثَّانِيَةُ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ وَأَخَذَ بها أَمَّا الْأُولَى فَهِيَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ حُجَّةً لِلْمُدَّعِي قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعِي هَهُنَا هو الشَّفِيعُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَجْبُورٍ على الْخُصُومَةِ في الشُّفْعَةِ بَلْ إذَا تَرَكَهَا تَرَكَ وَالْمُشْتَرِي مَجْبُورٌ على التَّمَلُّكِ عليه بِحَيْثُ لو تَرَكَ الْخُصُومَةَ لَا يَتْرُكُ فَكَانَ الْمُدَّعِي مِنْهُمَا هو الشَّفِيعُ فَكَانَتْ الْبَيِّنَةُ حُجَّتَهُ

وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَهِيَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ من حُجَجِ الشَّرْعِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بها ما أَمْكَنَ وَهَهُنَا أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ في حَقِّ الشَّفِيعِ بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّهُ وُجِدَ عَقْدَانِ أحدها (((أحدهما))) بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِيَ لَا يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ في حَقِّ الشَّفِيعِ وَإِنْ كان يُوجِبُ ذلك في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو بَاعَ بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَ بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ كان له أَنْ يَأْخُذَ الدَّارَ بِأَلْفٍ دَلَّ أَنَّ الْبَيْعَيْنِ قَائِمَانِ في حَقِّ الشَّفِيعِ وَأَنَّ الْفَسْخَ الْأَوَّلَ في حَقِّهِمَا فَأَمْكَنَ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي في مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَمَّا على الطَّرِيقِ الْأُولَى فَلِأَنَّ الْبَائِعَ هُنَاكَ هو

الْمُدَّعِي فَكَانَتْ الْبَيِّنَةُ حُجَّتَهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ على الْخُصُومَةِ وَالْمُشْتَرِي مَجْبُورٌ عليها وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ على ما بَيَّنَّا

وَأَمَّا على الطَّرِيقِ الثَّانِيَةِ فَلِأَنَّ تَقْدِيرَ عَقْدَيْنِ ههنا (((هنا))) مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِيَ يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْأَوَّلِ في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ فَكَانَ الْعَقْدُ وَاحِدًا وَالتَّرْجِيحُ بِجَانِبِ الْبَائِعِ لِانْفِرَادِ بَيِّنَتِهِ بِإِظْهَارِ فَضْلٍ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا بِعَرَضٍ ولم يَتَقَابَضَا حتى هَلَكَ الْعَرَضُ وانقض (((وانتقض))) الْبَيْعُ فِيمَا بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي أو كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ الدَّارَ ولم يُسَلِّمْ الْعَرَضَ حتى هل (((هلك))) وَانْتَقَضَ الْبَيْعُ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَبَقِيَ لِلشَّفِيعِ حَقُّ الشُّفْعَةِ بِقِيمَةِ الْعَرَضِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

ثُمَّ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْبَائِعُ في قِيمَةِ الْعَرَضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي عليه التَّمَلُّكَ بهذا الْقَدْرِ من الثَّمَنِ وهو يُنْكِرُ فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ على قِيَاسِ الْعِلَّةِ التي ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْبَائِعِ انْفَرَدَتْ بِإِثْبَاتِ زِيَادَةٍ وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ على قِيَاسِ ما ذَكَرَهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ وَأَخَذَ بِهِ لِأَنَّ تَقْدِيرَ عَقْدَيْنِ هَهُنَا غَيْرُ مُمْكِنٍ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على عَرَضٍ بِعَيْنِهِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَا في قِيمَةِ ما وَقَعَ عليه الْعَقْدُ فَكَانَ الْعَقْدُ وَاحِدًا فَلَا يُمْكِنُ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ فَيُعْمَلُ بِالرَّاجِحِ مِنْهُمَا وهو بَيِّنَةُ الْبَائِعِ لِانْفِرَادِهَا بِإِظْهَارِ الْفَضْلِ وَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ على قِيَاسِ ما عَلَّلَ له مُحَمَّدٌ

وَأَمَّا على قِيَاسِ ما عَلَّلَ له أبو يُوسُفَ فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ هو الْمُدَّعِي وَهَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ هَدَمَ الْمُشْتَرِي بِنَاءَ الدَّارِ حتى سَقَطَ عن الشَّفِيعِ قَدْرُ قِيمَتِهِ من الثَّمَنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا في قِيمَةِ الْبِنَاءِ فَهَذَا لَا يَخْلُو

أما إن اخْتَلَفَا في قِيمَةِ الْبِنَاءِ وَاتَّفَقَا على قِيمَةِ السَّاحَةِ وأما إن اخْتَلَفَا في

قِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالسَّاحَةِ جميعا فَإِنْ اخْتَلَفَا في قِيمَةِ الْبِنَاءِ لَا غَيْرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي على الْمُشْتَرِي زِيَادَةً في السُّقُوطِ وهو يُنْكِرُ وَإِنْ اخْتَلَفَا في قِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالسَّاحَةِ جميعا فإن السَّاحَةَ تُقَوَّمُ السَّاعَةَ وَالْقَوْلُ في قِيمَةِ الْبِنَاءِ قَوْلُ الْمُشْتَرِي

أَمَّا تَقَوُّمُ السَّاحَةِ السَّاعَةَ فَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ قِيمَتِهَا لِلْحَالِ فَيُسْتَدَلُّ بِالْحَالِ على الْمَاضِي وَلَا يُمْكِنُ تَحْكِيمُ الْحَالِ في الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عن حَالِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا فَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ قال أبو يُوسُفَ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

وقال مُحَمَّدٌ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ

وقال أبو يُوسُفَ من تِلْقَاءِ نَفْسِهِ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةً وَإِنَّمَا اخْتَلَفَا في الْقِيَاسِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِاخْتِلَافِ الطَّرِيقَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا له في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ فَطَرِيقُ أبي يُوسُفَ أَنَّ الشَّفِيعَ هو الْمُدَّعِي وَالْبَيِّنَةُ حُجَّةُ الْمُدَّعِي وَهَذَا مَوْجُودٌ هَهُنَا وَطَرِيقُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ بِتَقْدِيرِ عَقْدَيْنِ وَهَذَا التَّقْدِيرُ مُنْعَدِمٌ هُنَا فَيُعْمَلُ بِإِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ وَهِيَ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي لِانْفِرَادِهَا بِإِظْهَارِ زِيَادَةٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَإِنْ اخْتَلَفَا في صِفَةِ الثَّمَنِ بِأَنْ قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ بِثَمَنٍ مُعَجَّلٍ وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَهُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْحُلُولَ في الثَّمَنِ أَصْلٌ وَالْأَجَلُ عَارِضٌ فَالْمُشْتَرِي يَتَمَسَّكُ بِالْأَصْلِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلِأَنَّ الْعَاقِدَ أَعْرَفُ بِصِفَةِ الثَّمَنِ من غَيْرِهِ وَلِأَنَّ الْأَجَلَ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ فَالشَّفِيعُ يَدَّعِي عليه شَرْطَ التَّأْجِيلِ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَبِيعِ فَهُوَ أَنْ يَخْتَلِفَا فِيمَا وَقَعَ عليه الْبَيْعُ أَنَّهُ وَقَعَ عليه بِصَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ أَمْ بِصَفْقَتَيْنِ

نَحْوُ ما إذَا اشْتَرَى دَارًا فقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ الْعَرْصَةَ على حِدَةٍ بِأَلْفٍ وَالْبِنَاءَ بِأَلْفٍ وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَهُمَا جميعا بِأَلْفَيْنِ وَالدَّارُ لي بِبُنْيَانِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ لِأَنَّ إفْرَادَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالصَّفْقَةِ حَالَةَ الِاتِّصَالِ ليس بِمُعْتَادٍ بَلْ الْعَادَةُ بَيْعُهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلشَّفِيعِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

وَلِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ في الْعَرْصَةِ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ في الْبِنَاءِ تَبَعًا له حَالَةَ الِاتِّصَالِ وَشَرْطُ الْوُجُوبِ هو الشِّرَاءُ وقد أَقَرَّ الْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ إلَّا أَنَّهُ يَدَّعِي زِيَادَةَ أَمْرٍ وهو تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ فَلَا يُصَدَّقُ إلَّا بِتَصْدِيقِ الشَّفِيعِ أو بِبَيِّنَةٍ ولم تُوجَدْ

وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ

وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ ولم يؤقتا وَقْتًا فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ أَكْثَرُ إثْبَاتًا

لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ اسْتِحْقَاقٍ وهو اسْتِحْقَاقُ الْبِنَاءِ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ

وَلِأَنَّ الْعَمَلَ بِالْبَيِّنَتَيْنِ هَهُنَا مُمْكِنٌ بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّهُ بَاعَهُمَا بِصَفْقَتَيْنِ ثُمَّ بَاعَهُمَا

بِصَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَكَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِأَيِّهِمَا شَاءَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ بَيِّنَةَ الْمُشْتَرِي أَكْثَرُ إثْبَاتًا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ صَفْقَةٍ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ
فَأَبُو يُوسُفَ نَظَرَ إلَى زِيَادَةِ الصَّفْقَةِ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَ إلَى زِيَادَةِ الِاسْتِحْقَاقِ وقال أبو يُوسُفَ إذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ أَحْدَثَ الْبِنَاءَ في الدَّارِ
وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَهَا وَالْبِنَاءُ فيها إن الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ من الْمُشْتَرِي الْإِقْرَارُ بِشِرَاءِ الْبِنَاءِ وَالشَّفِيعُ يَدَّعِي عليه اسْتِحْقَاقَ الْبِنَاءِ وهو يُنْكِرُ
وَلَوْ اشْتَرَى دَارَيْنِ وَلَهُمَا شَفِيعٌ مُلَاصِقٌ فقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ وأنا شَرِيكُكَ في الثَّانِيَةِ وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَلِي الشُّفْعَةُ فِيهِمَا جميعا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ ثَابِتٌ فِيهِمَا جميعا وهو الْجِوَارُ على سَبِيلِ الْمُلَاصَقَةِ وقد أَقَرَّ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الِاسْتِحْقَاقِ وهو شِرَاؤُهُمَا إلَّا أَنَّهُ بِدَعْوَى تَفْرِيقٍ يَدَّعِي الْبُطْلَانَ بَعْدَ وُجُودِ السَّبَبِ وَشَرْطِهِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَلَا يُصَدَّقُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ وَأَيُّهُمَا أَقَامَ بَيِّنَةً قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا بين أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَلَوْ قال الْمُشْتَرِي وُهِبَ لي هذا الْبَيْتُ مع طَرِيقِهِ من هذه الدَّارِ ثُمَّ اشْتَرَيْتُ بَقِيَّتَهَا وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَ الْكُلَّ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ فِيمَا أَقَرَّ أَنَّهُ اشْتَرَى وَلَا شُفْعَةَ له فِيمَا ادَّعَى من الْهِبَةِ لِأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ الِاسْتِحْقَاقِ وهو الْجِوَارُ وَوُجِدَ شَرْطُهُ وهو الشِّرَاءُ بِإقراره (((بإقرار))) فَهُوَ بِدَعْوَى الْهِبَةِ يُرِيدُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَلَا يُصَدَّقُ وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ فِيمَا أَقَرَّ بِشِرَائِهِ وَلَا شُفْعَةَ له في الْمَوْهُوبِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ من الْمُشْتَرِي الْإِقْرَارُ بِشَرْطِ الِاسْتِحْقَاقِ على الْمَوْهُوبِ وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ الْهِبَةِ وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ الِاسْتِحْقَاقِ
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ اشْتَرَى دَارًا وَطَلَبَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ فقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ نِصْفًا ثُمَّ نِصْفًا فَلَكَ النِّصْفُ الْأَوَّلُ وقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَ الْكُلَّ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَلِيَ الْكُلُّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْحَقِّ في الْكُلِّ كان مَوْجُودًا وفقد (((وقد))) أَقَرَّ بِشَرْطِ الثُّبُوتِ وهو الشِّرَاءُ وَلَكِنَّهُ يَدَّعِي أَمْرًا زَائِدًا وهو تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ فَلَا يُقْبَلُ ذلك منه إلَّا بِبَيِّنَةٍ فَإِنْ قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ رُبُعًا ثُمَّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ فَلَكَ الرُّبُعُ فقال الشَّفِيعُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتَ ثَلَاثَةَ أرضاع (((أرباع))) ثُمَّ رُبُعًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ لِأَنَّ السَّبَبَ كان مَوْجُودًا وقد أَقَرَّ الْمُشْتَرِي بِشِرَاءِ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ إلَّا أَنَّهُ يَدَّعِي أَمْرًا زَائِدًا وهو سَبْقُ الشِّرَاءِ في الرُّبُعِ فَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ فَإِنْ قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ صَفْقَةً وَاحِدَةً وقال الشَّفِيعُ اشْتَرَيْتُ نِصْفًا ثُمَّ نِصْفًا فَأَنَا آخُذُ النِّصْفَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي يَأْخُذُ الشَّفِيعُ الْكُلَّ أو يَدَعُ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يُرِيدُ تَفْرِيقَ الصَّفَةِ وَفِيهِ ضَرَرُ الشَّرِكَةِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى صِفَةِ الْبَيْعِ فَهُوَ أَنْ يَخْتَلِفَا في الْبَتَاتِ وَالْخِيَارِ أو في الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ بِأَنْ اشْتَرَى دَارًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَتَقَابَضَا فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهَا بِالشُّفْعَةِ فقال الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي الْبَيْعُ كان بِخِيَارِ الْبَائِعِ ولم يُمْضِ فَلَا شُفْعَةَ لك وَأَنْكَرَ الشَّفِيعُ الْخِيَارَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَعَلَى الشَّفِيعِ الْبَيِّنَةُ إن كان البيع بَاتًّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَرُوِيَ عن أبي ويوسف (((يوسف))) رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الشَّفِيعِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلشَّفِيعِ لِأَنَّ الْبَتَاتَ أَصْلٌ في الْبَيْعِ وَالْخِيَارَ فيه عَارِضٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ من يَتَمَسَّكُ بِالْأَصْلِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ وَهُمَا يُنْكِرَانِ ذلك بِقَوْلِهِمَا كان فيه خِيَارٌ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَا يَجِبُ في بَيْعٍ فيه خِيَارٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكِرِ
وَلِأَنَّ الْبَيْعَ يَقُومُ بِالْعَاقِدَيْنِ فَكَانَا أَعْرَفَ بِصِفَقَتِهِ من الشَّفِيعِ
وَالرُّجُوعُ في كل بَابٍ إلَى من هو أَعْرَفُ بِهِ
وَلِهَذَا لو تَصَادَقَا على أَنَّ الثَّمَنَ كان دَنَانِيرَ وَالشَّفِيعُ يَدَّعِي أَنَّهُ كان دَرَاهِمَ كان الْقَوْلُ قَوْلَهُمَا
كَذَا هذا
وَلَوْ كان الْبَائِعُ غَائِبًا وَالدَّارُ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ منه فقال الْمُشْتَرِي كان لِلْبَائِعِ فيه خِيَارٌ وَكَذَّبَهُ الشَّفِيعُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي أَيْضًا لِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَيَيْنِ
وَإِنْ اخْتَلَفَ الْعَاقِدَانِ فِيمَا بَيْنَهُمَا فَادَّعَى الْبَائِعُ الْخِيَارَ وقال الْمُشْتَرِي لم يَكُنْ فيه خِيَارٌ كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ الدَّارَ في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْبَائِعَ بِدَعْوَى الْخِيَارِ مُنْكِرٌ لِلْبَيْعِ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ في حَقِّ الْحُكْمِ وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ

عن مِلْكِهِ وَالْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ يَدَّعِيَانِ الزَّوَالَ عن مِلْكِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ كما لو وَقَعَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَهُمْ في أَصْلِ الْعَقْدِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْخِيَارَ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِالِاشْتِرَاطِهِمَا فَالْبَائِعُ بِدَعْوَى الْخِيَارِ يَدَّعِي الِاشْتِرَاطَ على الْمُشْتَرِي وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كما لو ادَّعَى الْمُشْتَرِي الشِّرَاءَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ وَادَّعَى الْبَائِعُ التَّعْجِيلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ لِمَا أَنَّ التَّأْجِيلَ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِشَرْطٍ يُوجَدُ من الْبَائِعِ وهو مُنْكِرٌ لِلشَّرْطِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كَذَا هذا بِخِلَافِ ما لو أَنْكَرَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِيهِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ زَوَالَ مِلْكِهِ ولم يَدَّعِ على الْمُشْتَرِي فِعْلًا فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ
وَلَوْ أَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ الدَّارَ الْمُشْتَرَاةَ بِالشُّفْعَةِ فقال الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي كان الْبَيْعُ فَاسِدًا فَلَا شُفْعَةَ لك وقال الشَّفِيعُ كان جَائِزًا ولى الشُّفْعَةُ فَهُوَ على اخْتِلَافِهِمْ في شَرْطِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَاقِدَيْنِ وَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ
وفي رِوَايَةٍ عن أبي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ وَلَهُ الشُّفْعَةُ فَأَبُو يُوسُفَ يَعْتَبِرُ الِاخْتِلَافَ بَيْنَهُمْ في الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ بِاخْتِلَافِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِيمَا بَيْنَهُمَا
وَلَوْ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا في الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ كان الْقَوْلُ قَوْلَ من يَدَّعِي الصِّحَّةَ كَذَا هذا وَالْجَامِعُ أَنَّ الصِّحَّةَ أَصْلٌ في الْعَقْدِ وَالْفَسَادَ عَارِضٌ وَهُمَا يَعْتَبِرَانِ اخْتِلَافَهُمْ في هذا بِاخْتِلَافِهِمْ في الْبَتَاتِ وَالْخِيَارِ لِلْبَائِعِ وَالْجَامِعُ أَنَّ الشَّفِيعَ بِدَعْوَى الْبَتَاتِ وَالصِّحَّةِ يَدَّعِي عَلَيْهِمَا حَقَّ التَّمْلِيكِ وَهُمَا بِدَعْوَى الْخِيَارِ وَالْفَسَادِ يُنْكِرَانِ ذلك فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُمَا وَكَذَا هُمَا أَعْرَفُ بِصِفَةِ الْعَقْدِ الْوَاقِعِ

مِنْهُمَا لِقِيَامِهِ بِهِمَا فَكَانَ الْقَوْلُ في ذلك قَوْلَهُمَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ الْحِيلَةِ في إسْقَاطِ الشُّفْعَةِ فَقَدْ ذَكَرُوا لِإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ حِيَلًا بَعْضُهَا يَعُمُّ الشُّفَعَاءَ كُلَّهُمْ وَبَعْضُهَا يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ
أَمَّا الذي يَعُمُّ كُلَّ الشُّفَعَاءِ فَنَحْوَ أَنْ يَشْتَرِيَ الدَّارَ بِأَكْثَرَ من قِيمَتِهَا بِأَنْ كانت قِيمَتُهَا أَلْفًا فَيَشْتَرِيهَا بِأَلْفَيْنِ وَيَنْقُدَ من الثَّمَنِ أَلْفًا إلَّا عَشَرَةً ثُمَّ يَبِيعَ الْمُشْتَرِي من الْبَائِعِ عَرَضًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَعَشَرَةٍ فَتَحْصُلُ الدَّارُ لِلْمُشْتَرِي بِأَلْفٍ لَا يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ إلَّا بِأَلْفَيْنِ وَهَذِهِ الْحِيلَةُ لَيْسَتْ بِمُسْقِطَةٍ لِلشُّفْعَةِ شَرْعًا لَكِنَّهَا مَانِعَةٌ من الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ عَادَةً أَلَا تَرَى أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِأَلْفَيْنِ وَيَلْتَزِمَ الضَّرَرَ
وَأَمَّا الذي يَخُصُّ بَعْضَ الشُّفَعَاءِ دُونَ بَعْضٍ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَبِيعَ دَارًا إلَّا ذِرَاعًا منها في طُولِ الْحَدِّ الذي يَلِي دَارَ الشَّفِيعِ فَالشَّفِيعُ لَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ إما في قَدْرِ الذِّرَاعِ فَلِانْعِدَامِ الشَّرْطِ وهو الْبَيْعُ وإما فِيمَا وَرَاءَ ذلك فَلِانْعِدَامِ السَّبَبِ وهو الْجِوَارُ
وَمِنْهَا أَنْ يَهَبَ الْبَائِعُ الْحَائِطَ الذي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَارِ مع أَصْلِهِ لِلْمُشْتَرِي مَقْسُومًا وَيُسَلِّمَهُ إلَيْهِ أو يَهَبَ له من الْأَرْضِ قَدْرَ ذِرَاعٍ من الْجَانِبِ الذي يَلِي دَارَ الشَّفِيعِ وَيُسَلِّمَهُ إلَيْهِ ثُمَّ يَبِيعَ منه الْبَقِيَّةَ بِالثَّمَنِ فَلَا شُفْعَةَ لِلْجَارِ لَا في الْمَوْهُوبِ وَلَا في الْمَبِيعِ أَمَّا في الْمَوْهُوبِ فَلِانْعِدَامِ شَرْطِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ وهو الْبَيْعُ وَأَمَّا في الْمَبِيعِ فَلِانْعِدَامِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وهو الْجِوَارُ
وَمِنْهَا أَنْ يَبِيعَ الدَّارَ نِصْفَيْنِ فَيَبِيعَ الْحَائِطَ بِأَصْلِهِ أَوَّلًا بِثَمَنٍ كَثِيرٍ ثُمَّ يَبِيعَ بَقِيَّةَ الدَّارِ بِثَمَنٍ قَلِيلٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ شَرْعًا فِيمَا وَرَاءَ الْحَائِطِ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ وهو الْجِوَارُ وَلَا يَأْخُذُ الْحَائِطَ عَادَةً لِكَثْرَةِ الثَّمَنِ
وَمِنْهَا أَنْ يَبِيعَ الدَّارَ وَالْأَرْضَ في صَفْقَتَيْنِ فَيَبِيعَ من الدَّارِ بِنَاهَا وَمِنْ الْأَرْضِ أَشْجَارَهَا أَوَّلًا بِثَمَنٍ قَلِيلٍ ثُمَّ يَبِيعُ الْأَرْضَ بِثَمَنٍ كَثِيرٍ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ في الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ شَرْعًا لِانْفِرَادِهِمَا بِالصَّفْقَةِ وَلَا يَأْخُذُ الْأَرْضَ بِذَلِكَ الثَّمَنِ عَادَةً لِيَضْمَنَ تَكْثِيرَ الثَّمَنِ
وَمِنْهَا أَنْ يَبِيعَ الدَّارَ نِصْفَيْنِ فَيَبِيعُ عُشْرًا منها بِثَمَنٍ كَثِيرٍ ثُمَّ يَبِيعَ الْبَقِيَّةَ بِثَمَنٍ قَلِيلٍ فَلَا يَأْخُذُ الشَّفِيعُ الْعُشْرَ بِثَمَنِهِ عَادَةً لِمَا فيه من الضَّرَرِ وَلَا شُفْعَةَ له في تِسْعَةِ أَعْشَارِهَا شَرْعًا لِأَنَّهُ حين اشْتَرَى الْبَقِيَّةَ كان شَرِيكَ الْبَائِعِ بِالْعُشْرِ
وَالشَّرِيكُ في الْبُقْعَةِ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ وَالْخَلِيطِ وَهَذَا النَّوْعُ من الْحِيلَةِ لَا يَصْلُحُ لِلشَّرِيكِ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إذَا كان شَرِيكًا له أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ الْبُقْعَةِ بِقَلِيلِ الثَّمَنِ أَيْضًا وَلَوْ كانت الدَّارُ لِصَغِيرٍ فَلَا تُبَاعُ بَقِيَّةُ الدَّارِ بِقَلِيلِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إذْ هو بَيْعُ مَالِ الصَّغِيرِ بِأَقَلَّ من قِيمَتِهِ مِقْدَارُ ما يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ عَادَةً وَالْوَلِيُّ لَا يَمْلِكُ ذلك فَالسَّبِيلُ فيه أَنْ تُبَاعَ بَقِيَّةُ الدَّارِ بِثَمَنِ مِثْلِهِ
وَمِنْهَا ما ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يُقِرَّ الْبَائِعُ بِسَهْمٍ من الدَّارِ لِلْمُشْتَرِي ثُمَّ يَبِيعَ بَقِيَّةَ الدَّارِ منه فَلَا يَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ أَمَّا في الْقَدْرِ الْمُقَرِّ بِهِ فَلِانْعِدَامِ شَرْطِ الِاسْتِحْقَاقِ وهو الْبَيْعُ وَأَمَّا فِيمَا وَرَاءَ ذلك فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ شَرِيكَ الْبَائِعِ في ذلك السَّهْمِ وَالشَّرِيكُ في الْبُقْعَةِ مُقَدَّمٌ على الْجَارِ وَالْخَلِيطِ وَمِنْ

مَشَايِخِنَا من كان يُفْتِي بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ في هذه الصُّورَةِ ويخطىء (((ويخطئ))) الْخَصَّافَ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ في السَّهْمِ الْمُقَرِّ بِهِ لم تَثْبُتْ إلَّا بِإِقراره (((بإقرار))) فَلَا يَظْهَرُ في حَقِّ الشَّفِيعِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الْكَلَامُ في كَرَاهَةِ الْحِيلَةِ لِلْإِسْقَاطِ وَعَدَمِهَا فَالْحِيلَةُ أما إنْ كانت بَعْدَ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ وأما إنْ كانت قبل الْوُجُوبِ فَإِنْ كانت بَعْدَ الْوُجُوبِ قِيلَ إنَّهَا مَكْرُوهَةٌ بِلَا خِلَافٍ وَذَلِكَ بِأَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ صَالَحْتُكَ على كَذَا كَذَا دِرْهَمًا على أَنْ تُسَلِّمَ لي شُفْعَتَكَ فَيَقْبَلَ فَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ وَلَا يَسْتَحِقُّ بَدَلَ الصُّلْحِ أو يَقُولَ له اشْتَرِ الدَّارَ مِنِّي بِكَذَا فَيَقُولَ اشْتَرَيْتُ فَتَبْطُلَ شُفْعَتُهُ وَنَحْوُ ذلك وَإِنْ كانت قبل الْوُجُوبِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُكْرَهُ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تُكْرَهُ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إن شَرْعَ الْحِيلَةِ يُؤَدِّي إلَى سَدِّ بَابِ الشُّفْعَةِ وَفِيهِ إبْطَالُ هذا الْحَقِّ أَصْلًا وَرَأْسًا

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن الْحِيلَةَ قبل الْوُجُوبِ مَنْعٌ من الْوُجُوبِ بِمُبَاشَرَةِ سَبَبِ الِامْتِنَاعِ شَرْعًا وَهَذَا جَائِزٌ كَالشِّرَاءِ وَالْهِبَةِ وَسَائِرِ التَّمْلِيكَاتِ فإن الْمُشْتَرِيَ يَمْنَعُ حُدُوثَ الْمِلْكِ لِلْبَائِعِ في الْمَبِيعِ بِمُبَاشَرَةِ سَبَبِ الِامْتِنَاعِ شَرْعًا وهو الشِّرَاءُ وَكَذَا الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَسَائِرُ التَّمْلِيكَاتِ

وقد خُرِّجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا إبْطَالٌ لِحَقِّ الشُّفْعَةِ لِأَنَّ إبْطَالَ الشَّيْءِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ ضَرَرٌ وَالْحَقُّ هَهُنَا لم يَثْبُتْ بَعْدَ ذلك فَلَا تَكُونُ الْحِيلَةُ إبْطَالًا له بَلْ هو مَنْعٌ من الثُّبُوتِ بِمُبَاشَرَةِ سَبَبِ الِامْتِنَاعِ شَرْعًا وَأَنَّهُ جَائِزٌ فما ذَكَرَهُ أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هو الْحُكْمُ المر (((المروي))) وما ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ احْتِيَاطًا وَالْأَصْلُ في شَرْعِ الْحِيلَةِ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى في قِصَّةِ سَيِّدِنَا أَيُّوبَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ } وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ الذَّبَائِحِ وَالصُّيُودِ نَحْتَاجُ في هذا الْكِتَابِ إلَى بَيَانِ الْمَأْكُولِ وَغَيْرِ الْمَأْكُولِ من الْحَيَوَانَاتِ وَإِلَى بَيَانِ الْمَكْرُوهِ منها وَإِلَى بَيَانِ شَرَائِطِ حِلِّ الْأَكْلِ في الْمَأْكُولِ وَإِلَى بَيَانِ ما يَحْرُمُ أَكْلُهُ من أَجْزَاءِ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْحَيَوَانُ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَعِيشُ في الْبَحْرِ وَنَوْعٌ يَعِيشُ في الْبَرِّ أَمَّا الذي يَعِيشُ في الْبَحْرِ فَجَمِيعُ ما في الْبَحْرِ من الْحَيَوَانِ مُحَرَّمُ الْأَكْلِ إلَّا السَّمَكَ خَاصَّةً فإنه يَحِلُّ أَكْلُهُ إلَّا ما طَفَا منه وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ وقال بَعْضُ الْفُقَهَاءِ وابن أبي لَيْلَى رَحِمَهُمُ اللَّهُ أنه يَحِلُّ أَكْلُ ما سِوَى السَّمَكِ من الضُّفْدَعِ وَالسَّرَطَانِ وَحَيَّةِ الْمَاءِ وَكَلْبِهِ وَخِنْزِيرِهِ وَنَحْوِ ذلك لَكِنْ بِالذَّكَاةِ وهو قَوْلُ اللَّيْثِ بن سَعْدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إلَّا في إنْسَانِ الْمَاءِ وَخِنْزِيرِهِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحِلُّ جَمِيعُ ذلك من غَيْرِ ذَكَاةٍ وَأَخْذُهُ ذَكَاتَهُ وَيَحِلُّ أَكْلُ السَّمَكِ الطَّافِي

أَمَّا الْكَلَامُ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَهُمْ احْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ } وَاسْمُ الصَّيْدِ يَقَعُ على ما سِوَى السَّمَكِ من حَيَوَانِ الْبَحْرِ فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْكُلُّ حَلَالًا وَبِقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حين سُئِلَ عن الْبَحْرِ فقال هو الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ وَصَفَ مَيْتَةَ الْبَحْرِ بِالْحِلِّ من غَيْرِ فَصْلٍ بين السَّمَكِ وَغَيْرِهِ

وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ } من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْبَرِّيِّ وَالْبَحْرِيِّ وَقَوْلُهُ عز شَأْنُهُ { وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ } وَالضُّفْدَعُ وَالسَّرَطَانُ وَالْحَيَّةُ وَنَحْوُهَا من الْخَبَائِثِ

وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ سُئِلَ عن ضُفْدَعٍ يُجْعَلُ شَحْمُهُ في الدَّوَاءِ فَنَهَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن قَتْلِ الضَّفَادِعِ وَذَلِكَ نهى عن أَكْلِهِ وروى أَنَّهُ لَمَّا سُئِلَ عنه فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَبِيثَةٌ من الْخَبَائِثِ وَلَا حُجَّةَ لهم في الْآيَةِ لِأَنَّ الْمُرَادَ من الصَّيْدِ الْمَذْكُورِ هو فِعْلُ الصَّيْدِ وهو الِاصْطِيَادُ لِأَنَّهُ هو الصَّيْدُ حَقِيقَةً لَا الْمِصْيَدُ لِأَنَّهُ مَفْعُولُ فِعْلِ الصَّيْدِ وَإِطْلَاقُ اسْمِ الْفِعْلِ يَكُونُ مَجَازًا وَلَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عن حَقِيقَةِ اللَّفْظِ من غَيْرِ دَلِيلٍ وَلِأَنَّ الصَّيْدَ اسْمٌ لِمَا يَتَوَحَّشُ وَيَمْتَنِعُ وَلَا يُمْكِنُ أَخْذُهُ إلَّا بِحِيلَةٍ إمَّا لِطَيَرَانِهِ أو لِعَدْوِهِ وَهَذَا إنَّمَا يَكُونُ حَالَةَ الِاصْطِيَادِ لَا بَعْدَ الْأَخْذِ لِأَنَّهُ صَارَ لَحْمًا بَعْدَهُ ولم يَبْقَ صَيْدًا حَقِيقَةً لِانْعِدَامِ مَعْنَى الصَّيْدِ وهو التَّوَحُّشُ وَالِامْتِنَاعُ

وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ عُطِفَ عليه قَوْلُهُ عز شَأْنُهُ { وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُمًا } وَالْمُرَادُ منه الِاصْطِيَادُ من الْمُحْرِمِ لَا أَكْلُ الصَّيْدِ لِأَنَّ ذلك مُبَاحٌ لِلْمُحْرِمِ إذَا لم يَصْطَدْهُ بِنَفْسِهِ وَلَا غَيْرِهِ بِأَمْرِهِ فَثَبَتَ أَنَّهُ لَا دَلِيلَ في الْآيَةِ

على إبَاحَةِ الْأَكْلِ بَلْ خَرَجَتْ لِلْفَصْلِ بين الِاصْطِيَادِ في الْبَحْرِ وَبَيْنَ الِاصْطِيَادِ في الْبَرِّ لِلْمُحْرِمِ وَالْمُرَادُ من قَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ السَّمَكُ خَاصَّةً بِدَلِيلِ قَوْلِهِ أُحِلَّتْ لنا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ الْمَيْتَتَانِ السَّمَكُ وَالْجَرَادُ وَالدَّمَانِ الْكَبِدُ وَالطِّحَالُ فُسِّرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالسَّمَكِ وَالْجَرَادِ فَدَلَّ أَنَّ الْمُرَادَ منها السَّمَكُ وَيُحْمَلُ الْحَدِيثُ على السَّمَكِ وَتَخْصِيصِهِ بِمَا تَلَوْنَا من الْآيَةِ وَرَوَيْنَا من الْخَبَرِ

وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الطَّافِي فَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ احْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ } مَعْطُوفًا على قَوْلِهِ { أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ } أَيْ أُحِلَّ لَكُمْ طَعَامُهُ وَهَذَا يَتَنَاوَلُ ما صِيدَ منه وما لم يُصَدْ وَالطَّافِي لم يُصَدْ فَيَتَنَاوَلُهُ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في صِفَةِ الْبَحْرِ هو الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ وَأَحَقُّ ما يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْمَيْتَةِ الطَّافِي لِأَنَّهُ الْمَيِّتُ حَقِيقَةً وَبِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُحِلَّتْ لنا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ الْمَيْتَتَانِ السَّمَكُ وَالْجَرَادُ فَسَّرَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمَيْتَةَ بِالسَّمَكِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الطَّافِي وَغَيْرِهِ

وَلَنَا ما روى عن جَابِرِ بن عبد اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن أَكْلِ الطَّافِي

وَعَنْ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لَا تَبِيعُوا في أَسْوَاقِنَا الطَّافِيَ

وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال ما دَسَرَهُ الْبَحْرُ فَكُلْهُ وما وَجَدْتَهُ يَطْفُو على الْمَاءِ فَلَا تَأْكُلْهُ

وَأَمَّا الْآيَةُ فَلَا حُجَّةَ له فيها لِأَنَّ الْمُرَادَ من قَوْله تَعَالَى { وَطَعَامُهُ } ما قَذَفَهُ الْبَحْرُ إلَى الشَّطِّ فَمَاتَ كَذَا قال أَهْلُ التَّأْوِيلِ وَذَلِكَ حلالا (((حلال))) عِنْدَنَا لِأَنَّهُ ليس بِطَافٍ إنَّمَا الطَّافِي اسْمٌ لِمَا مَاتَ في الْمَاءِ من غَيْرِ آفَةٍ وَسَبَبٍ حَادِثٍ وَهَذَا مَاتَ بِسَبَبٍ حَادِثٍ وهو قَذْفُ الْبَحْرِ فَلَا يَكُونُ طَافِيًا وَالْمُرَادُ من الْحَدِيثَيْنِ غَيْرُ الطَّافِي لِمَا ذَكَرْنَا ثُمَّ السَّمَكُ الطَّافِي الذي لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ عِنْدَنَا هو الذي يَمُوتُ في الْمَاءِ حَتْفَ أَنْفِهِ بِغَيْرِ سَبَبٍ حَادِثٍ منه سَوَاءٌ عَلَا على وَجْهِ الْمَاءِ أو لم يَعْلُ بَعْدَ أَنْ مَاتَ في الْمَاءِ حَتْفَ أَنْفِهِ من غَيْرِ سَبَبٍ حَادِثٍ

وقال بَعْضُ مَشَايِخِنَا هو الذي يَمُوتُ في الْمَاءِ بِسَبَبٍ حَادِثٍ وَيَعْلُو على وَجْهِ الْمَاءِ فَإِنْ لم يعلو (((يعل))) يَحِلُّ
وَالصَّحِيحُ هو الْحَدُّ الْأَوَّلُ وَتَسْمِيَتُهُ طَافِيًا لِعُلُوِّهِ على وَجْهِ الْمَاءِ عَادَةً
وَرَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ في السَّمَكِ إذَا كان بَعْضُهَا في الْمَاءِ وَبَعْضُهَا على الْأَرْضِ إنْ كان رَأْسُهَا على الْأَرْضِ أُكِلَتْ وَإِنْ كان رَأْسُهَا أو أَكْثَرُهُ في الْمَاءِ لم تُؤْكَلْ لِأَنَّ رَأْسَهَا مَوْضِعُ نَفَسِهَا فإذا كان خَارِجًا من الْمَاءِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبٍ حَادِثٍ وإذا كان في الْمَاءِ أو أَكْثَرُهُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَاتَ في الْمَاءِ بِغَيْرِ سَبَبٍ وَقَالُوا في سَمَكَةٍ ابْتَلَعَتْ سَمَكَةً أُخْرَى أنها تُؤْكَلُ لِأَنَّهَا مَاتَتْ بِسَبَبٍ حَادِثٍ وَلَوْ مَاتَ من الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَكَدَرِ الْمَاءِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ الْحَرَّ وَالْبَرْدَ وَكَدَرَ الْمَاءِ ليس من أَسْبَابِ الْمَوْتِ ظَاهِرًا فلم يُوجَدْ الْمَوْتُ بِسَبَبٍ حَادِثٍ يُوجِبُ الْمَوْتَ ظَاهِرًا وغالبا فَلَا يُؤْكَلُ وفي رِوَايَةٍ يُؤْكَلُ لِأَنَّ هذه أَسْبَابُ الْمَوْتِ في الْجُمْلَةِ فَقَدْ وُجِدَ الْمَوْتُ بِسَبَبٍ حَادِثٍ فلم يَكُنْ طَافِيًا فَيُؤْكَلُ وَيَسْتَوِي في حِلِّ الْأَكْلِ جَمِيعُ أَنْوَاعِ السَّمَكِ من الْجِرِّيثِ والمار (((والمارماهي))) ما هي وَغَيْرِهِمَا لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ في إبَاحَةِ السَّمَكِ لَا يَفْصِلُ بين سَمَكٍ وَسَمَكٍ إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما إبَاحَةُ الْجِرِّيثِ وَالسَّمَكِ الذَّكَرِ ولم يُنْقَلْ عن غَيْرِهِمَا خِلَافُ ذلك فَيَكُونُ إجْمَاعًا
وَأَمَّا الذي يَعِيشُ في الْبَرِّ فَأَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ ما ليس له دَمٌ أَصْلًا وما ليس له دَمٌ سَائِلٌ وما له دَمٌ سَائِلٌ مِثْلُ الْجَرَادِ وَالزُّنْبُورِ وَالذُّبَابِ وَالْعَنْكَبُوتِ وَالْعَضَّابَةِ وَالْخُنْفُسَاءِ وَالْبُغَاثَةِ وَالْعَقْرَبِ وَنَحْوِهَا لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ إلَّا الْجَرَادَ خَاصَّةً لِأَنَّهَا من الْخَبَائِثِ لِاسْتِبْعَادِ الطِّبَاعِ السَّلِيمَةِ إيَّاهَا وقد قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ } إلَّا أَنَّ الْجَرَادَ خُصَّ من هذه الْجُمْلَةِ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُحِلَّتْ لنا مَيْتَتَانِ فَبَقِيَ على ظَاهِرِ الْعُمُومِ
وَكَذَلِكَ ما ليس له دَمٌ سَائِلٌ مِثْلُ الْحَيَّةِ وَالْوَزَغِ وَسَامِّ أَبْرَصَ وَجَمِيعِ الْحَشَرَاتِ وَهَوَامِّ الْأَرْضِ من الْفَأْرِ وَالْقُرَادِ وَالْقَنَافِذِ وَالضَّبِّ وَالْيَرْبُوعِ وَابْنِ عِرْسٍ وَنَحْوِهَا

وَلَا خِلَافَ في حُرْمَةِ هذه الْأَشْيَاءِ إلَّا في الضَّبِّ فإنه حَلَالٌ عَنْدَ الشَّافِعِيِّ
وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن ابن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال ? < أَكَلْت على مَائِدَةِ رسول اللَّهِ لَحْمَ ضَبٍّ > ?
وَعَنْ ابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنهما عن النبي أَنَّهُ قال إنَّهُ لم يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي فَأَجِدُ نَفْسِي تَعَافُهُ فَلَا أكله وَلَا أُحَرِّمُهُ وَهَذَا نَصٌّ على عَدَمِ الْحُرْمَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَإِشَارَةٌ إلَى الْكَرَاهَةِ الطَّبِيعِيَّةِ
وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ } وَرُوِيَ عن سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

(5/36)

أهدى إلَيْهِ لَحْمُ ضَبٍّ فَامْتَنَعَ أَنْ يَأْكُلَهُ فَجَاءَتْ سَائِلَةٌ فَأَرَادَتْ سَيِّدَتُنَا عَائِشَةُ رضي اللَّهُ عنها أَنْ تُطْعِمَهَا إيَّاهُ فقال لها رسول اللَّهِ أَتُطْعِمِينَ ما لَا تَأْكُلِينَ وَلَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ امْتِنَاعُهُ لِمَا أَنَّ نَفْسَهُ الشَّرِيفَةَ عَافَتْهُ لِأَنَّهُ لو كان كَذَلِكَ لَمَا مَنَعَ من التَّصَدُّقِ بِهِ كَشَاةِ الْأَنْصَارِ أنه لَمَّا امْتَنَعَ من أَكْلِهَا أَمَرَ بِالتَّصَدُّقِ بها

وَلِأَنَّ الضَّبَّ من جُمْلَةِ الْمُسُوخِ وَالْمُسُوخُ مُحَرَّمَةٌ كَالدُّبِّ وَالْقِرْدِ وَالْفِيلِ فِيمَا قِيلَ
وَالدَّلِيلُ عليه ما روى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ سُئِلَ عن الضَّبِّ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّ أُمَّةً مُسِخَتْ في الْأَرْضِ وَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَكُونَ هذا منها وَهَكَذَا روى عن بَعْضِ أَصْحَابِ رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال كنا في بَعْضِ الْمَغَازِي فَأَصَابَتْنَا مَجَاعَةٌ فَنَزَلْنَا في أَرْضٍ كَثِيرَةِ الضِّبَابِ فَنَصَبْنَا الْقُدُورَ وَكَانَتْ الْقُدُورُ تَغْلِي إذا جاء النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فقال ما هذا قُلْنَا الضَّبُّ يا رَسُولَ اللَّهِ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّ أُمَّةً مُسِخَتْ فَأَخَافُ أَنْ يَكُونَ هذا منها فَأَمَرَ بِإِلْقَاءِ الْقُدُورِ
وما رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما وما رَوَيْنَا فَهُوَ خَاطِرٌ وَالْعَمَلُ بِالْخَاطِرِ أَوْلَى وما له دَمٌ سَائِلٌ نَوْعَانِ مُسْتَأْنِسٌ وَمُسْتَوْحِشٌ
أَمَّا الْمُسْتَأْنِسُ من الْبَهَائِمِ فَنَحْوُ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ بِالْإِجْمَاعِ وَبِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فيها دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ }
وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { اللَّهُ الذي جَعَلَ لَكُمْ الْأَنْعَامَ لِتَرْكَبُوا منها وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ } وَاسْمُ الْأَنْعَامِ يَقَعُ على هذه الْحَيَوَانَاتِ بِلَا خِلَافٍ بين أَهْلِ اللُّغَةِ وَلَا تَحِلُّ الْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى
وَحُكِيَ عن بِشْرٍ الْمَرِيسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال لَا بَأْسَ بِأَكْلِ الْحِمَارِ وَاحْتَجَّ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ عز وجل { قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إلَيَّ مُحَرَّمًا على طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أو دَمًا مَسْفُوحًا أو لَحْمَ خِنْزِيرٍ } ولم يذكر الْحَمِيرَ الْإِنْسِيَّةَ
وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جاء إلَى النبي وقال إنَّهُ فنى مَالِي ولم يَبْقَ لي إلَّا الْحُمُرُ الْأَهْلِيَّةُ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلْ من سَمِينِ مَالِكَ فَإِنِّي إنَّمَا كُنْت نَهَيْتُكُمْ عن جَلَّالِ الْقَرْيَةِ وَرُوِيَ عن جَوَالِّ الْقُرَى بِتَشْدِيدِ اللَّامِ وَرُوِيَ فَإِنَّمَا قَذِرْتُ لَكُمْ جَالَّةُ الْقَرْيَةِ
وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً } وَسَنَذْكُرُ وَجْهَ الِاسْتِدْلَالِ بِالْآيَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَرَوَى أبو حَنِيفَةَ عن نَافِعٍ عن ابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال نهى رسول اللَّهِ في غَزْوَةِ خَيْبَرَ عن لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ وَعَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه قال لِابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما وهو يُفْتِي الناس في الْمُتْعَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن مُتْعَةِ النِّسَاءِ وَعَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ يوم خَيْبَرَ فَرَجَعَ ابن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما عن ذلك وَرُوِيَ أَنَّهُ قِيلَ لِلنَّبِيِّ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يوم خَيْبَرَ أُكِلَتْ الْحُمُرُ فَأَمَرَ أَبَا طَلْحَةَ رضي اللَّهُ عنه يُنَادِي أن رَسُولَ اللَّهِ يَنْهَاكُمْ عن لُحُومِ الْحُمُرِ فَإِنَّهَا رِجْزٌ وَرُوِيَ فَإِنَّهَا رِجْسٌ وَهَذِهِ أَخْبَارٌ مُسْتَفِيضَةٌ عَرَفَهَا الْخَاصُّ وَالْعَامُّ وَقَبِلُوهَا وَعَمِلُوا بها وَظَهَرَ الْعَمَلُ بها
وَأَمَّا الْآيَةُ فَقَدْ اُخْتُصَّ منها أَشْيَاءُ غَيْرُ مَذْكُورَةٍ فيها فَيَخْتَصُّ الْمُتَنَازَعُ فيه بِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ مع ما أَنَّ ما رَوَيْنَا من الْأَخْبَارِ مَشْهُورَةٌ وَيَجُوزُ نَسْخُ الْكِتَابِ بِالْخَبَرِ المشهور (((المشهود))) وَعَلَى أَنَّ في الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ سِوَى الْمَذْكُورِ فيها وَقْتَ نُزُولِهَا لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْفِعْلِ هو الْحَالُ فَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ لم يَكُنْ وَقْتَ نُزُولِ الْآيَةِ تَحْرِيمُ سِوَى الْمَذْكُورِ فيها ثُمَّ حَرَّمَ ما حَرَّمَ بَعْدُ
على أَنَّا نَقُولُ بِمُوجِبِ الْآيَةِ لَا مُحَرَّمَ سِوَى الْمَذْكُورِ فيها وَنَحْنُ لَا نُطْلِقُ اسْمَ الْمُحَرَّمِ على لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ إذْ الْمُحَرَّمُ الْمُطْلَقُ ما تَثْبُتُ حُرْمَتُهُ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ فَأَمَّا ما كانت حُرْمَتُهُ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ فَلَا يُسَمَّى مُحَرَّمًا على الْإِطْلَاقِ بَلْ نُسَمِّيهِ مَكْرُوهًا فَنَقُولُ بِوُجُوبِ الِامْتِنَاعِ عن أَكْلِهَا عَمَلًا مع التَّوَقُّفِ في اعْتِقَادِ الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ من قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلْ من سَمِينِ مَالِكَ أَيْ مِن أَثْمَانِهَا كما يُقَالُ فُلَانٌ أَكَلَ عَقَارَهُ أَيْ ثَمَنَ عَقَارِهِ وَيُحْتَمَل أَنْ يَكُونَ ذلك إطْلَاقًا لِلِانْتِفَاعِ بِظُهُورِهَا بِالْإِكْرَاءِ كما يُحْمَلُ على شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ كُلِّهَا وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كان قبل التَّحْرِيمِ فَانْفَسَخَ بِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ جُهِلَ التَّارِيخُ فَالْعَمَلُ بِالْخَاطِرِ أَوْلَى احْتِيَاطًا

فَإِنْ قِيلَ ما رَوَيْتُمْ يَحْتَمِلُ أَيْضًا أَنَّهُ عله الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن أَكْلِ الْحُمُرِ يوم خَيْبَرَ لِأَنَّهَا كانت غَنِيمَةً من الْخُمُسِ أو لِقِلَّةِ الظَّهْرِ أو لِأَنَّهَا كانت جَلَّالَةً فَوَقَعَ التَّعَارُضُ وَالْجَوَابُ أَنَّ شيئا من ذلك لَا يَصْلُحُ مَحْمَلًا

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ ما يَحْتَاجُ إلَيْهِ الْجُنْدُ لَا يَخْرُجُ منه الْخُمْسُ كَالطَّعَامِ وَالْعَلَفِ

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَرْوِيَّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ

أَمَرَ بِإِكْفَاءِ الْقُدُورِ يوم خَيْبَرَ وَمَعْلُومٌ أَنَّ ذلك مِمَّا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ في الظَّهْرِ

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَصَّ النَّهْيَ بِالْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَصُّ بِالْحُمُرِ بَلْ يُوجَدُ في غَيْرِهَا

وَأَمَّا لَحْمُ الْخَيْلِ فَقَدْ قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يُكْرَهُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يُكْرَهُ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَاحْتَجَّا بِمَا رُوِيَ عن أَنَسِ بن مَالِكٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال أَكَلْنَا لَحْمَ فَرَسٍ على عَهْدِ رسول اللَّهِ

وَرُوِيَ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال نهى رسول اللَّهِ عن لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ وَأَذِنَ في الْخَيْلِ

وَرُوِيَ أَنَّهُ قال أَطْعَمَنَا رسول اللَّهِ لُحُومَ الْخَيْلِ وَنَهَانَا عن لُحُومِ الْحُمُرِ

وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ قال كنا قد جَعَلْنَا في قُدُورِنَا لَحْمَ الْخَيْلِ وَلَحْمَ الْحِمَارِ فنهان (((فنهانا))) النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْ نَأْكُلَ لَحْمَ الْحِمَارِ وَأَمَرَنَا أَنْ نَأْكُلَ لَحْمَ الْخَيْلِ

وَعَنْ سَيِّدَتِنَا أَسْمَاءَ بِنْتِ سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رضي اللَّهُ عنهما أنها قالت نَحَرْنَا فَرَسًا على رسول اللَّهِ فَأَكَلْنَاهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَدَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ أَمَّا الْكِتَابُ الْعَزِيزُ فَقَوْلُهُ جَلَّ شَأْنُهُ { وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً }

وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ بِهِ ما حُكِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما فإنه رُوِيَ أَنَّهُ سُئِلَ عن لَحْمِ الْخَيْلِ فَقَرَأَ بِهَذِهِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ وقال ولم يَقُلْ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لِتَأْكُلُوهَا فَيُكْرَهُ أَكْلُهَا وَتَمَامُ هذا الِاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ذَكَرَ الْأَنْعَامَ فِيمَا تَقَدَّمَ وَمَنَافِعَهَا وَبَالَغَ في ذلك بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فيها دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ }

وَكَذَا ذَكَرَ فِيمَا بَعْدَ هذه الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ مُتَّصِلًا بها مَنَافِعَ الْمَاءِ الْمُنْزَلِ من السَّمَاءِ وَالْمَنَافِعَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَالشَّمْسِ وَالْقَمَرِ وَالنُّجُومِ وَالْمَنَافِعَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْبَحْرِ على سَبِيلِ الْمُبَالَغَةِ بَيَانَ شِفَاءٍ لَا بَيَانَ كِفَايَةٍ وَذَكَرَ في هذه الْآيَةِ أَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى خَلَقَ الْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِلرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ ذَكَرَ مَنْفَعَةَ الرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ ولم يذكر سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مَنْفَعَةَ الْأَكْلِ فَدَلَّ أَنَّهُ ليس فيها مَنْفَعَةٌ أُخْرَى سِوَى ما ذَكَرْنَاهُ

وَلَوْ كان هُنَاكَ مَنْفَعَةٌ أُخْرَى سِوَى ما ذَكَرْنَا لم يُحْتَمَلْ أَنْ لَا نَذْكُرُهَا عِنْدَ ذِكْرِ الْمَنَافِعِ الْمُتَعَلِّقَةِ بها على سَبِيلِ الْمُبَالَغَةِ وَالِاسْتِقْصَاءِ وَقَوْلُهُ عز وجل { ويحل (((يحل))) لهم الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ } وَلَحْمُ الْخَيْلِ ليس بِطَيِّبٍ بَلْ هو خَبِيثٌ لِأَنَّ الطِّبَاعَ السَّلِيمَةَ لَا تَسْتَطِيبُهُ بَلْ تَسْتَخْبِثُهُ حتى لَا تَجِدَ أَحَدًا تُرِكَ بِطَبْعِهِ إلَّا وَيَسْتَخْبِثُهُ وَيُنَقِّي طَبْعَهُ عن أَكْلِهِ وَإِنَّمَا يَرْغَبُونَ في رُكُوبِهِ إلا يَرْغَبُ طَبْعُهُ فِيمَا كان مَجْبُولًا عليه وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الشَّرْعَ إنَّمَا جاء بِإِحْلَالِ ما هو مُسْتَطَابٌ في الطَّبْعِ لَا بِمَا هو مُسْتَخْبَثٌ وَلِهَذَا لم يَجْعَلْ الْمُسْتَخْبَثَ في الطَّبْعِ غِذَاءَ الْيُسْرِ وَإِنَّمَا جَعَلَ ما هو مُسْتَطَابٌ بَلَغَ في الطِّيبِ غَايَتُهُ

وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لَمَّا كان يَوْمُ خَيْبَرَ أَصَابَ الناس مَجَاعَةٌ فَأَخَذُوا الْحُمُرَ الْأَهْلِيَّةَ فَذَبَحُوهَا فَحَرَّمَ رسول اللَّهِ لُحُومَ الْحُمُرِ الأنسية وَلُحُومَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَكُلَّ ذِي نَابٍ من السِّبَاعِ وَكُلَّ ذِي مِخْلَبٍ من الطَّيْرِ وَحَرَّمَ الْخِلْسَةَ وَالنُّهْبَةَ

وَعَنْ خَالِدِ بن الْوَلِيدِ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال نهى رسول اللَّهِ عن أَكْلِ لُحُومِ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ

وَعَنْ الْمِقْدَامِ بن مَعْدِي كَرِبَ أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال حُرِّمَ عَلَيْكُمْ الْحِمَارُ الْأَهْلِيُّ وَخَيْلُهَا وَهَذَا نَصٌّ على التَّحْرِيمِ وَعَنْ رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الْخَيْلُ لِثَلَاثَةٍ فَهِيَ لِرَجُلٍ سِتْرٌ وَلِرَجُلٍ أَجْرٌ وَلِرَجُلٍ وِزْرٌ ولو صَلَحَتْ لِلْأَكْلِ لَقَالَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخَيْلُ لِأَرْبَعَةٍ لِرَجُلٍ سِتْرٌ وَلِرَجُلٍ أَجْرٌ وَلِرَجُلٍ وِزْرٌ وَلِرَجُلٍ طَعَامٌ

وَأَمَّا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ فَهِيَ أَنَّ الْبَغْلَ حَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ وهو وَلَدُ الْفَرَسِ فَلَوْ كانت أُمُّهُ حَلَالًا لَكَانَ هو حَلَالًا أَيْضًا لِأَنَّ حُكْمَ الْوَلَدِ حُكْمُ أُمِّهِ لِأَنَّهُ منها وهو كَبَعْضِهَا أَلَا تَرَى أَنَّ حِمَارَ وَحْشٍ لو نزى على حِمَارَةٍ أَهْلِيَّةٍ فَوَلَدَتْ لم يُؤْكَلْ وَلَدُهَا وَلَوْ نَزَا حِمَارٌ أَهْلِيٌّ على حِمَارَةٍ وَحْشِيَّةٍ وَوَلَدَتْ يُؤْكَلُ وَلَدُهَا لِيُعْلَمَ أَنَّ حُكْمَ الْوَلَدِ حُكْمُ أُمِّهِ في الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ دُونَ الْفَحْلِ فلما كان لَحْمُ الْفَرَسِ حَرَامًا كان لَحْمُ الْبَغْلِ كَذَلِكَ

وما رُوِيَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ عن جَابِرٍ وما في رِوَايَةِ سَيِّدَتِنَا أَسْمَاءَ رضي اللَّهُ عنها يُحْتَمَل أَنَّهُ كان ذلك في الْحَالِ التي كان يُؤْكَلُ فيها الْحُمُرُ لِأَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّمَا نهى عن أَكْلِ لُحُومِ الْحُمُرِ يوم خَيْبَرَ وَكَانَتْ الْخَيْلُ تُؤْكَلُ في ذلك الْوَقْتِ ثُمَّ حُرِّمَتْ يَدُلُّ عليه ما رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قال ما عَلِمْنَا الْخَيْلَ أُكِلَتْ إلَّا في حِصَارٍ

وَعَنْ الْحَسَنِ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كان أَصْحَابُ رسول اللَّهِ يَأْكُلُونَ لُحُومَ الْخَيْلِ في مغازيم (((مغازيهم))) فَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّهُمْ كَانُوا يَأْكُلُونَهَا في حَالِ الضَّرُورَةِ كما قال الزُّهْرِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أو يُحْمَلُ على هذا عَمَلًا بِالدَّلِيلِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ أو يَتَرَجَّحُ الْحَاظِرُ على الْمُبِيحِ احْتِيَاطًا وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا حُجَجُ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه على رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّهُ يَحْرُمُ أَكْلُ لَحْمِ الْخَيْلِ وَأَمَّا على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ يُكْرَهُ أَكْلُهُ ولم يُطْلَقْ التَّحْرِيمُ لِاخْتِلَافِ الْأَحَادِيثِ الْمَرْوِيَّةِ في الْبَابِ وَاخْتِلَافِ السَّلَفِ فَكُرِهَ

أَكْلُ لَحْمِهِ احْتِيَاطًا لِبَابِ الْحُرْمَةِ
وَأَمَّا الْمُتَوَحِّشُ منها نَحْوُ الظِّبَاءِ وَبَقَرِ الْوَحْشِ وَحُمُرِ الْوَحْشِ وَإِبِلِ الْوَحْشِ فَحَلَالٌ بِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ وَلِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لهم قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ }
وَقَوْلُهُ عز شَأْنُهُ { وَيُحِلُّ لهم الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ }
وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ { كُلُوا من طَيِّبَاتِ ما رَزَقْنَاكُمْ } وَلُحُومُ هذه الْأَشْيَاءِ من الطَّيِّبَاتِ فَكَانَ حَلَالًا
وَرُوِيَ أَنَّهُ لَمَّا سُئِلَ رسول اللَّهِ يوم خَيْبَرَ عن لُحُومِ الْحُمُرِ فقال الْأَهْلِيَّةُ فَقِيلَ نعم فَدَلَّ قَوْلُ رسول اللَّهِ على اخْتِلَافِ حُكْمِ الْأَهْلِيَّةِ وَالْوَحْشِيَّةِ وقد ثَبَتَ أَنَّ الْحُكْمَ في الْأَهْلِيَّةِ الْحُرْمَةُ لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ فَكَانَ حُكْمُ الْوَحْشِيَّةِ الْحِلَّ ضَرُورَةً
وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا من فِهْرٍ جاء إلَى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وهو بِالرَّوْحَاءِ وَمَعَ الرَّجُلِ حِمَارٌ وَحْشِيٌّ عَقَرَهُ فقال هذه رَمْيَتِي يا رَسُولَ اللَّهِ وَهِيَ لك فَقَبِلَهُ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَمَرَ سَيِّدَنَا أبو (((أبا))) بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه فَقَسَمَهُ بين الرِّفَاقِ وَالْحَدِيثُ وَإِنْ وَرَدَ في حِمَارِ الْوَحْشِ لَكِنَّ إحْلَالَ الْحِمَارِ الْوَحْشِيِّ إحْلَالٌ لِلظَّبْيِ وَالْبَقَرِ الْوَحْشِيِّ وَالْإِبِلِ الْوَحْشِيِّ من طَرِيقِ الْأَوْلَى لِأَنَّ الْحِمَارَ الْوَحْشِيَّ ليس من جِنْسِهِ من الْأَهْلِيِّ ما هو حَلَالٌ بَلْ هو حَرَامٌ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ من جِنْسِهَا من الْأَهْلِيِّ ما هو حَلَالٌ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْحِلِّ
وَأَمَّا الْمُسْتَأْنِسُ من السِّبَاعِ وهو الْكَلْبُ وَالسِّنَّوْرُ الْأَهْلِيُّ فَلَا يَحِلُّ وَكَذَلِكَ الْمُتَوَحِّشُ منها الْمُسَمَّى بِسِبَاعِ الْوَحْشِ وَالطَّيْرِ وهو كُلُّ ذِي نَابٍ من السِّبَاعِ وَكُلُّ ذِي مِخْلَبٍ من الطَّيْرِ لِمَا رُوِيَ في الْخَبَرِ الْمَشْهُورِ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن أَكْلِ كل ذِي نَابٍ من السِّبَاعِ وَكُلِّ ذِي مِخْلَبٍ من الطَّيْرِ
وَعَنْ الزُّهْرِيِّ رضي اللَّهُ عنه قال قال رسول اللَّهِ كُلُّ ذِي نَابٍ من السِّبَاعِ حَرَامٌ فَذُو النَّابِ من سِبَاعِ الْوَحْشِ مِثْلُ الْأَسَدِ وَالذِّئْبِ وَالضَّبُعِ وَالنَّمِرِ وَالْفَهْدِ وَالثَّعْلَبِ وَالسِّنَّوْرِ الْبَرِّيِّ وَالسِّنْجَابِ وَالْفَنَكِ وَالسَّمُّورِ وَالدَّلَقِ وَالدُّبِّ وَالْقِرْدِ وَالْفِيلِ وَنَحْوِهَا فَلَا خِلَافَ في هذه الْجُمْلَةِ أنها مُحَرَّمَةٌ إلَّا الضَّبُعَ فإنه حَلَالٌ عِنْدَ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن عَطَاءٍ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال في الضَّبُعِ كَبْشٌ فَقُلْت له أَهُوَ صَيْدٌ فقال نعم فَقُلْت يُؤْكَلُ فقال نعم فَقُلْت أَسَمِعْتَهُ من رسول اللَّهِ فقال نعم
وَلَنَا أَنَّ الضَّبُعَ سَبُعٌ ذُو نَابٍ فَيَدْخُلُ تَحْتَ الحديث الْمَشْهُورِ وما رُوِيَ ليس بِمَشْهُورٍ فَالْعَمَلُ بِالْمَشْهُورِ أَوْلَى على أَنَّ ما رَوَيْنَا مُحَرِّمٌ وما رَوَاهُ مُحَلِّلٌ وَالْمُحَرِّمُ يَقْضِي على الْمُبِيحِ احْتِيَاطًا وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ الْأَرْنَبِ لِمَا رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال كنا عِنْدَ رسول اللَّهِ فَأَهْدَى له أَعْرَابِيٌّ أَرْنَبَةً مَشْوِيَّةً فقال لِأَصْحَابِهِ كُلُوا
وَعَنْ مُحَمَّدِ بن صَفْوَانَ أو صَفْوَانَ بن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال أَصَبْت أرنبين (((أرنبتين))) فَذَبَحْتُهُمَا بِمَرْوَةٍ وَسَأَلْتُ عن ذلك رَسُولَ اللَّهِ فَأَمَرَنِي بِأَكْلِهِمَا وَذُو الْمِخْلَبِ من الطَّيْرِ كَالْبَازِي وَالْبَاشَقِ وَالصَّقْرِ وَالشَّاهِينِ وَالْحِدَأَةِ وَالنَّعَّابِ وَالنَّسْرِ وَالْعُقَابِ وما أَشْبَهَ ذلك فَيَدْخُلُ تَحْتَ نَهْيِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن كل ذِي مِخْلَبٍ من الطَّيْرِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ نهى عن كل ذِي خَطْفَةٍ وَنُهْبَةٍ وَمُجَثَّمَةٍ وَعَنْ كل نَابٍ من الطَّيْرِ وَالْمُجَثَّمَةِ روى بِكَسْرِ الثَّاءِ وَفَتْحِهَا من الْجُثُومِ وهو تَلَبُّدُ الطَّائِرِ الذي من عَادَتِهِ الْجُثُومُ على غَيْرِهِ لِيَقْتُلَهُ وهو السِّبَاعُ من الطَّيْرِ فَيَكُونُ نَهْيًا على أَكْلِ كل ذير (((طير))) هذا عَادَتُهُ وَبِالْفَتْحِ هو الصَّيْدُ الذي يَجْثُمُ عليه طَائِرٌ

فَيَقْتُلُهُ فَيَكُونُ نَهْيًا عن أَكْلِ كل طَيْرٍ قَتَلَهُ طَيْرٌ آخَرُ بِجُثُومِهِ عليه
وَقِيلَ بِالْفَتْحِ هو الذي يرمي حتى يَجْثُمَ فَيَمُوتَ وما لَا مِخْلَبَ له من الطَّيْرِ فَالْمُسْتَأْنِسُ منه كَالدَّجَاجِ وَالْبَطِّ وَالْمُتَوَحِّشُ كَالْحَمَامِ وَالْفَاخِتَةِ وَالْعَصَافِيرِ والقبج وَالْكَرْكِيِّ وَالْغُرَابِ الذي يَأْكُلُ الْحَبَّ وَالزَّرْعَ وَالْعَقْعَقِ وَنَحْوِهَا حَلَالٌ بِالْإِجْمَاعِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُكْرَهُ من الْحَيَوَانَاتِ فَيُكْرَهُ أَكْلُ لُحُومِ الْإِبِلِ الْجَلَّالَةِ وَهِيَ التي الْأَغْلَبُ من أَكْلِهَا النَّجَاسَةُ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن أَكْلِ لُحُومِ الْإِبِلِ الْجَلَّالَةِ وَلِأَنَّهُ إذَا كان الْغَالِبُ من أَكْلِهَا النَّجَاسَاتِ

يَتَغَيَّرُ لَحْمُهَا وَيَنْتُنُ فَيُكْرَهُ أَكْلُهُ كَالطَّعَامِ الْمُنْتِنِ
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن الْجَلَّالَةِ أَنْ تُشْرَبَ أَلْبَانُهَا لِأَنَّ لَحْمَهَا إذَا تَغَيَّرَ يَتَغَيَّرُ لَبَنُهَا وما رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن أَنْ يُحَجَّ عليها وَأَنْ يُعْتَمَرَ عليها وَأَنْ يغزي وَأَنْ يُنْتَفَعَ بها فِيمَا سِوَى ذلك فَذَلِكَ مَحْمُولٌ على أنها انتنت في نَفْسِهَا فَيَمْتَنِعُ من اسْتِعْمَالِهَا حتى لَا يَتَأَذَّى الناس بِنَتِنِهَا كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الْكَرْخِيِّ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شرحه (((شرحه))) مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بها من الْعَمَلِ وَغَيْرِهِ إلَّا أَنْ تُحْبَسَ أَيَّامًا وَتُعْلَفَ فَحِينَئِذٍ تَحِلُّ وما ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَجْوَدُ لِأَنَّ النَّهْيَ ليس لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى ذَاتِهَا بَلْ لِعَارِضٍ جَاوَرَهَا فَكَانَ الِانْتِفَاعُ بها حَلَالًا في ذَاتِهِ إلَّا أَنَّهُ يُمْنَعُ عنه لِغَيْرِهِ ثُمَّ ليس لِحَبْسِهَا تَقْدِيرٌ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ هَكَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال كان أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لَا يُوَقِّتُ في حَبْسِهَا وقال تُحْبَسُ حتى تَطِيبَ وهو قَوْلُهُمَا أَيْضًا
وَرَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أنها تُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وروي ابن رُسْتُمَ رَحِمَهُ اللَّهُ عن مُحَمَّدٍ في النَّاقَةِ الْجَلَّالَةِ والشاة وَالْبَقَرِ الْجَلَّالِ أنها إنَّمَا تَكُونُ جَلَّالَةً إذَا تفتت (((تفتتت))) وَتَغَيَّرَتْ وَوُجِدَ منها رِيحٌ مُنْتِنَةٌ فَهِيَ الْجَلَّالَةُ حِينَئِذٍ لَا يُشْرَبُ لَبَنُهَا وَلَا يُؤْكَلُ لَحْمُهَا وَبَيْعُهَا وَهِبَتُهَا جَائِزٌ
هذا إذَا كانت لَا تَخْلِطُ وَلَا تَأْكُلُ إلَّا الْعَذِرَةَ غَالِبًا فَإِنْ خَلَطَتْ فَلَيْسَتْ جَلَّالَةً فَلَا تُكْرَهُ لِأَنَّهَا لَا تَنْتُنُ وَلَا يُكْرَهُ أَكْلُ الدَّجَاجِ المحلى وَإِنْ كان يَتَنَاوَلُ النَّجَاسَةَ لِأَنَّهُ لَا يَغْلِبُ عليه أَكْلُ النَّجَاسَةِ بَلْ يَخْلِطُهَا بِغَيْرِهَا وهو الْحَبُّ فَيَأْكُلُ ذَا وَذَا
وَقِيلَ إنَّمَا لَا يُكْرَهُ لِأَنَّهُ لَا يَنْتُنُ كما يَنْتُنُ الْإِبِلُ وَالْحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بِالنَّتَنِ وَلِهَذَا قال أَصْحَابُنَا في جَدْيٍ ارْتَضَعَ بِلَبَنِ خِنْزِيرٍ حتى كَبِرَ أنه لَا يُكْرَهُ أَكْلُهُ لِأَنَّ لَحْمَهُ لَا يَتَغَيَّرُ وَلَا يَنْتُنُ
فَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّ الْكَرَاهَةَ في الْجَلَّالَةِ لِمَكَانِ التَّغَيُّرِ وَالنَّتْنِ لَا لِتَنَاوُلِ النَّجَاسَةِ وَلِهَذَا إذَا خَلَطَتْ لَا يُكْرَهُ وَإِنْ وُجِدَ تَنَاوُلُ النَّجَاسَةِ لِأَنَّهَا لَا تَنْتُنُ فَدَلَّ أَنَّ الْعِبْرَةَ لِلنَّتْنِ لَا لِتَنَاوُلِ النَّجَاسَةِ
وَالْأَفْضَلُ أَنْ تُحْبَسَ الدَّجَاجُ حتى يَذْهَبَ ما في بَطْنِهَا من النَّجَاسَةِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم كان يَحْبِسُ الدَّجَاجَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ يَأْكُلُهُ وَذَلِكَ على طَرِيقِ التَّنَزُّهِ وهو رِوَايَةُ أبي يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ أنها تُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ كَأَنَّهُ ذَهَبَ إلَى ذلك لِلْخَبَرِ وَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ما في جَوْفِهَا من

النَّجَاسَةِ يَزُولُ في هذه الْمُدَّةِ ظَاهِرًا وَغَالِبًا ويكره الْغُرَابُ الْأَسْوَدُ الْكَبِيرُ لِمَا روى عن عُرْوَةَ عن أبيه أَنَّهُ سُئِلَ عن أَكْلِ الْغُرَابِ فقال من يَأْكُلُ بَعْدَ ما سَمَّاهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَاسِقًا عَنَى بِذَلِكَ قَوْلَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم خَمْسٌ من الْفَوَاسِقِ يَقْتُلُهُنَّ الْمُحْرِمُ في الْحِلِّ وَالْحَرَمِ وَلِأَنَّ غَالِبَ أَكْلِهَا الْجِيَفُ فَيُكْرَهُ أَكْلُهَا كَالْجَلَّالَةِ وَلَا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ لِأَنَّهُ يَأْكُلُ الْحَبَّ وَالزَّرْعَ وَلَا يَأْكُلُ الْجِيَفَ
هَكَذَا رَوَى بِشْرُ بن الْوَلِيدِ عن أبي يُوسُفَ قال سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ عن أَكْلِ الْغُرَابِ فَرَخَّصَ في غُرَابِ الزَّرْعِ وَكَرِهَ الْغُدَافَ فَسَأَلْتُهُ عن الْأَبْقَعِ فَكَرِهَ ذلك وَإِنْ كان غُرَابًا يَخْلِطُ فَيَأْكُلُ الْجِيَفَ وَيَأْكُلُ الْحَبَّ لَا يُكْرَهُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ قال وَإِنَّمَا يُكْرَهُ من الطَّيْرِ ما لَا يَأْكُلُ إلَّا الْجِيَفَ وَلَا بَأْسَ بِالْعَقْعَقِ لِأَنَّهُ ليس بِذِي مِخْلَبٍ وَلَا من الطَّيْرِ الذي لَا يَأْكُلُ إلَّا الْحَبَّ كَذَا روي أبو يُوسُفَ أَنَّهُ قال سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في أَكْلِ الْعَقْعَقِ فقال لَا بَأْسَ بِهِ فَقُلْت إنَّهُ يَأْكُلُ الْجِيَفَ فقال إنَّهُ يَخْلِطُ فَحَصَلَ من قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ ما يَخْلِطُ من الطُّيُورِ لَا يُكْرَهُ أَكْلُهُ كَالدَّجَاجِ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ غَالِبَ أَكْلِهِ الْجِيَفُ
فصل وَأَمَّا بَيَانُ شَرْطِ حِلِّ الْأَكْلِ في الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ فَشَرْطُ حِلِّ الْأَكْلِ في الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ الْبَرِّيِّ هو الذَّكَاةُ فَلَا يَحِلُّ أَكْلُهُ بِدُونِهَا لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ } إلَى قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وما أَكَلَ السَّبُعُ إلَّا ما ذَكَّيْتُمْ } اسْتَثْنَى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الذَّكِيَّ من الْمُحَرَّمِ وَالِاسْتِثْنَاءُ من التَّحْرِيمِ إبَاحَةٌ
ثُمَّ الْكَلَامُ في الذَّكَاةِ في الْأَصْلِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الذَّكَاةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ ما يُسْتَحَبُّ من الذَّكَاةِ وما يُكْرَهُ منها فَالذَّكَاةُ نَوْعَانِ نوعان اختياري (((اختيارية))) وَضَرُورِيَّةٌ أَمَّا الِاخْتِيَارِيَّةُ فَرُكْنُهَا الذَّبْحُ فِيمَا يُذْبَحُ من الشَّاةِ وَالْبَقَرَةِ وَنَحْوِهِمَا وَالنَّحْرُ فِيمَا يُنْحَرُ وهو الْإِبِلُ عِنْدَ الْقُدْرَةِ على الذَّبْحِ وَالنَّحْرُ لَا يَحِلُّ بِدُونِ الذَّبْحِ وَالنَّحْرِ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ في الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ لِمَكَانِ الدَّمِ الْمَسْفُوحِ وَأَنَّهُ لَا يَزُولُ إلَّا بِالذَّبْحِ وَالنَّحْرِ وَلِأَنَّ الشَّرْعَ إنَّمَا وَرَدَ بأحلال الطَّيِّبَاتِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لهم قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ }
وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَيُحِلُّ لهم الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ } وَلَا يَطِيبُ إلَّا بِخُرُوجِ الدَّمِ الْمَسْفُوحِ وَذَلِكَ بِالذَّبْحِ وَالنَّحْرِ

وَلِهَذَا حُرِّمَتْ الْمَيْتَةُ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ وهو الدَّمُ الْمَسْفُوحُ فيها قَائِمٌ وَلِذَا لَا يَطِيبُ مع قِيَامِهِ وَلِهَذَا يَفْسُدُ في أَدْنَى مُدَّةٍ ما يَفْسُدُ في مِثْلِهَا الْمَذْبُوحُ وَكَذَا الْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ لِمَا قُلْنَا وَالذَّبْحُ هو فرى الْأَوْدَاجِ وَمَحَلُّهُ ما بين اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ لِقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الذَّكَاةُ ما بين اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَةِ أَيْ مَحَلُّ الذَّكَاةِ ما بين اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ وروى الذَّكَاةُ في الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ وَالنَّحْرُ فرى الْأَوْدَاجِ وَمَحَلُّهُ آخِرُ الْحَلْقِ وَلَوْ نُحِرَ ما يُذْبَحُ وَذُبِحَ ما يُنْحَرُ يَحِلُّ لِوُجُودِ فرى الْأَوْدَاجِ وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ السُّنَّةَ في الْإِبِلِ النَّحْرُ وفي غَيْرِهَا الذَّبْحُ أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ في الْإِبِلِ النَّحْرَ وفي الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ الذَّبْحَ

فقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَصَلِّ لِرَبِّك وَانْحَرْ } قِيلَ في التَّأْوِيلِ أَيْ انْحَرْ الْجَزُورَ
وقال اللَّهُ عز شَأْنُهُ { إنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً } وقال تَعَالَى
{ وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ } وَالذِّبْحُ بِمَعْنَى الْمَذْبُوحِ كَالطِّحْنِ بِمَعْنَى الْمَطْحُونِ
وهو الْكَبْشُ الذي فدى بِهِ سَيِّدُنَا إسْمَاعِيلُ أو سَيِّدُنَا إِسْحَاقُ صَلَوَاتُ اللَّهِ
عَلَيْهِمَا على اخْتِلَافِ أَصْلِ الْقِصَّةِ في ذلك
وَكَذَا النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَحَرَ الْإِبِلَ وَذَبَحَ الْبَقَرَ وَالْغَنَمَ فَدَلَّ أَنَّ ذلك هو السُّنَّةُ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْأَصْلِ وقال بَلَغَنَا أَنَّ أَصْحَابَ النبي عليه الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ وَرَضِيَ عَنْهُمْ كَانُوا يَنْحَرُونَ الْإِبِلَ قِيَامًا مَعْقُولَةَ الْيَدِ الْيُسْرَى فَدَلَّ
ذلك على أَنَّ النَّحْرَ في الْإِبِلِ هو السُّنَّةُ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الذَّكَاةِ إنَّمَا هو الْأَسْهَلُ
على الْحَيَوَانِ وما فيه نَوْعُ رَاحَةٍ له فَهُوَ أَفْضَلُ لِمَا رُوِيَ عن النبي قال إنَّ اللَّهَ
كَتَبَ الْإِحْسَانَ على كل شَيْءٍ فإذا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ وإذا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا
الذِّبْحَةَ وَلْيُحِدَّ أحدكم شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ وَالْأَسْهَلُ في الْإِبِلِ النَّحْرُ لِخُلُوِّ لَبَّتِهَا
عن اللَّحْمِ وَاجْتِمَاعِ اللَّحْمِ فِيمَا سِوَاهُ من خَلْفِهَا وَالْبَقَرُ وَالْغَنَمُ جَمِيعُ حَلْقِهَا لَا يَخْتَلِفُ
فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ رُوِيَ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال نَحَرْنَا مع رسول اللَّهِ
الْبَدَنَةَ عن سَبْعَةٍ وَالْبَقَرَةَ عن سَبْعَةٍ أَيْ وَنَحَرْنَا الْبَقَرَةَ عن سَبْعَةٍ لِأَنَّهُ مَعْطُوفٌ
على الْأَوَّلِ فَكَانَ خَبَرُ الْأَوَّلِ خَبَرًا لِلثَّانِي كَقَوْلِنَا جَاءَنِي زَيْدٌ وَعَمْرٌو فَالْجَوَابُ
أَنَّ الذَّبْحَ مُضْمَرٌ فيه وَمَعْنَاهُ وَذَبَحْنَا الْبَقَرَةَ على عَادَةِ الْعَرَبِ في الشَّيْءِ إذَا
عُطِفَ على غَيْرِهِ وَخَبَرُ الْمَعْطُوفِ عليه لَا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ في الْمَعْطُوفِ أو لَا
يُوجَدُ عَادَةً أَنْ يُضْمَرَ الْمُتَعَارَفُ الْمُعْتَادُ كما قال الشَّاعِرُ وَلَقِيت زَوْجَك في
الْوَغَى مُتَقَلِّدًا سَيْفًا وَرُمْحَا أَيْ مُتَقَلِّدًا سَيْفًا وَمُعْتَقِلًا رُمْحًا
وقال آخَرُ عَلَفْتُهَا تِبْنًا وماءا (((وماء))) بَارِدًا أَيْ عَلَفْتُهَا تِبْنًا وَسَقَيْتُهَا ماءا
(((ماء))) بَارِدًا لِأَنَّ الرُّمْحَ لَا يَحْتَمِلُ التَّقَلُّدَ أو لَا يُتَقَلَّدُ عَادَةً وَالْمَاءُ لَا
يُعْلَفُ بَلْ يُسْقَى
كَذَا هَهُنَا الذَّبْحُ في الْبَقَرِ هو الْمُعْتَادُ فَيُضْمَرُ فيه فَصَارَ كَأَنَّهُ قال نَحَرْنَا الْبَدَنَةَ
وَذَبَحْنَا الْبَقَرَةَ وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا ذَبَحَ الْبَدَنَةَ لَا تَحِلُّ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَمَرَ في
الْبَدَنَةِ بِالنَّحْرِ بِقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { فَصَلِّ لِرَبِّك وَانْحَرْ } فإذا ذَبَحَ فَقَدْ تَرَكَ
الْمَأْمُورَ بِهِ فَلَا يَحِلُّ
وَلَنَا ما روى عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال ما أَنْهَرَ الدَّمَ وَفَرَى
الْأَوْدَاجَ فَكُلْ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْأَمْرَ بِالنَّحْرِ في الْبَدَنَةِ ليس لِعَيْنِهِ بَلْ لِإِنْهَارِ الدَّمِ
وَإِفْرَاءِ الْأَوْدَاجِ وقد وُجِدَ ذلك وَلَا بَأْسَ في الْحَلْقِ كُلِّهِ أَسْفَلِهِ أو أَوْسَطِهِ أو
أَعْلَاهُ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الذَّكَاةُ ما بين اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ
وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الذَّكَاةُ في الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ
من غَيْرِ فَصْلٍ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ إخرام (((إخراج))) الدَّمِ الْمَسْفُوحِ وَتَطْيِيبُ
اللَّحْمِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِقَطْعِ الْأَوْدَاجِ في الْحَلْقِ كُلِّهِ
ثُمَّ الْأَوْدَاجُ أَرْبَعَةٌ الْحُلْقُومُ وَالْمَرِيءُ وَالْعِرْقَانِ اللَّذَانِ بَيْنَهُمَا الْحُلْقُومُ وَالْمَرِيءُ
فإذا فَرَى ذلك كُلَّهُ فَقَدْ أتى بِالذَّكَاةِ بِكَمَالِهَا وَسُنَنِهَا وَإِنْ فَرَى الْبَعْضَ دُونَ
الْبَعْضِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إذَا قَطَعَ أَكْثَرَ الْأَوْدَاجِ وهو ثَلَاثَةٌ منها أَيُّ
ثَلَاثَةٍ كانت وَتَرَكَ وَاحِدًا يَحِلُّ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَحِلُّ حتى يُقْطَعَ الْحُلْقُومُ وَالْمَرِيءُ وَأَحَدُ الْعِرْقَيْنِ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَحِلُّ حتى يُقْطَعَ من كل وَاحِدٍ من الْأَرْبَعَةِ أَكْثَرُهُ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا قُطِعَ الْحُلْقُومُ وَالْمَرِيءُ حُلَّ إذَا اُسْتُوْعِبَ قَطْعُهُمَا
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الذَّبْحَ إزَالَةُ الْحَيَاةِ وَالْحَيَاةُ لَا تَبْقَى بَعْدَ قَطْعِ الْحُلْقُوم وَالْمَرِيءِ عَادَةً وقد تَبْقَى بَعْدَ قَطْعِ الْوَدَجَيْنِ إذْ هُمَا عِرْقَانِ كَسَائِرِ الْعُرُوقِ وَالْحَيَاةُ تَبْقَى بَعْدَ قَطْعِ عِرْقَيْنِ من سَائِرِ الْعُرُوقِ
وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ من الذَّبْحِ إزَالَةُ الْمُحَرَّمِ وهو الدَّمُ الْمَسْفُوحُ وَلَا يَحْصُلُ إلَّا بِقَطْعِ الْوَدَجِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ إذَا قُطِعَ الْأَكْثَرُ من كل وَاحِدٍ من الْأَرْبَعَةِ فَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالذَّبْحِ وهو خُرُوجُ الدَّمِ لِأَنَّهُ يُخْرِجُ ما يَخْرُجُ

بِقَطْعِ الْكُلِّ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن كُلَّ وَاحِدٍ من الْعُرُوقِ يُقْصَدُ بِقَطْعِهِ غَيْرُ ما يُقْصَدُ بِهِ الْآخَرُ لِأَنَّ الْحُلْقُومَ مَجْرَى النَّفَسِ وَالْمَرِيءَ مَجْرَى الطَّعَامِ وَالْوَدَجَيْنِ مجري الدَّمِ فإذا قُطِعَ أَحَدُ الْوَدَجَيْنِ حَصَلَ بِقَطْعِهِ الْمَقْصُودُ مِنْهُمَا وإذا تُرِكَ الْحُلْقُومُ ولم يَحْصُلْ بِقَطْعِ ما سِوَاهُ الْمَقْصُودُ منه وَلِذَلِكَ اخْتَلَفَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ قَطَعَ الْأَكْثَرَ من الْعُرُوقِ الْأَرْبَعَةِ وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ فِيمَا بنى على التَّوْسِعَةِ في أُصُولِ الشَّرْعِ وَالذَّكَاةُ بُنِيَتْ على التَّوْسِعَةِ حَيْثُ يكتفي فيها بِالْبَعْضِ بِلَا خِلَافٍ بين الْفُقَهَاءِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا في الْكَيْفِيَّةِ فَيُقَامُ الْأَكْثَرُ فيها مَقَامَ الْجَمِيعِ وَلَوْ ضَرَبَ عُنُقَ جَزُورٍ أو بَقَرَةٍ أو شَاةٍ بِسَيْفِهِ وَأَبَانَهَا وَسَمَّى فَإِنْ كان ضَرَبَهَا من قِبَلِ الْحُلْقُوم تُؤْكَلُ وقد أَسَاءَ
أَمَّا حِلُّ الْأكل فَلِأَنَّهُ أتى بِفِعْلِ الذَّكَاةِ وهو قَطْعُ الْعُرُوقِ وَأَمَّا الْإِسَاءَةُ فَلِأَنَّهُ زَادَ في أَلَمِهَا زِيَادَةً لَا يُحْتَاجُ إلَيْهَا في الذَّكَاةِ فَيُكْرَهُ ذلك وَإِنْ ضَرَبَهَا من الْقَفَا فَإِنْ مَاتَتْ قبل الْقَطْعِ بِأَنْ ضَرَبَ على التَّأَنِّي وَالتَّوَقُّفِ لَا تُؤْكَلُ لِأَنَّهَا مَاتَتْ قبل الذَّكَاةِ فَكَانَتْ مَيْتَةً وَإِنْ قَطَعَ الْعُرُوقَ قبل موته (((موتها))) تُؤْكَلْ لِوُجُودِ فِعْلِ الذَّكَاةِ وَهِيَ حَيَّةٌ إلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ ذلك لِأَنَّهُ زَادَ في أَلَمِهَا من غَيْرِ حَاجَةٍ وَإِنْ أَمْضَى فِعْلَهُ من غَيْرِ تَوَقُّفٍ تُؤْكَلُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَوْتَهَا بِالذَّكَاةِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ذَبَحَ بِالْمَرْوَةِ أو بِلِيطَةِ الْقَصَبِ أو بِشِقَّةِ الْعَصَا أو غَيْرِهَا من الْآلَاتِ التي تَقْطَعُ إنه يَحِلُّ لِوُجُودِ مَعْنَى الذَّبْحِ وهو فَرْيُ الْأَوْدَاجِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَام فيه أَنَّ الْآلَةَ على ضَرْبَيْنِ آلَةٌ تَقْطَعُ وَآلَةٌ تَفْسَخُ وَالَّتِي تَقْطَعُ نَوْعَانِ حَادَّةٌ وَكَلِيلَةٌ أَمَّا الْحَادَّةُ فَيَجُوزُ الذَّبْحُ بها حَدِيدًا كانت أو غير حَدِيدٍ
وَالْأَصْلُ في جَوَازِ الذَّبْحِ بِدُونِ الْحَدِيدِ ما رُوِيَ عن عَدِيِّ بن حَاتِمٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال قُلْت يا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْت أَحَدَنَا أَصَابَ صَيْدًا وَلَيْسَ معه سِكِّينٌ أَيُذَكِّي بِمَرْوَةٍ أو بِشِقَّةِ الْعَصَا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْهِرْ الدَّمَ بِمَا شِئْت وَاذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى
وروى أَنَّ جَارِيَةً لِكَعْبِ بن مَالِكٍ رضي اللَّهُ عنه ذَبَحَتْ شَاةً بِمَرْوَةٍ فَسَأَلَ كَعْبٌ رَسُولَ اللَّهِ عن ذلك فَأَمَرَ بِأَكْلِهَا وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ بِالْحَدِيدِ وَالْجَوَازُ ليس لِكَوْنِهِ من جِنْسِ الْحَدِيدِ بَلْ لِوُجُودِ مَعْنَى الْحَدِيدِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالْحَدِيدِ الذي لَا حَدَّ له فإذا وُجِدَ مَعْنَى الْحَدِّ في الْمَرْوَةِ وَاللِّيطَةِ جَازَ الذَّبْحُ بِهِمَا وَأَمَّا الْكَلِيلَةُ فَإِنْ كانت تَقْطَعُ يَجُوزُ لِحُصُولِ مَعْنَى الذَّبْحِ لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فيه من زِيَادَةِ إيلَامٍ

لَا حَاجَةَ إلَيْهَا وَلِهَذَا أَمَرَ رسول اللَّهِ بِتَحْدِيدِ الشَّفْرَةِ وَإِرَاحَةِ الذَّبِيحَةِ وَكَذَلِكَ إذَا جُرِحَ بِظُفْرٍ مَنْزُوعٍ أو سِنٍّ مَنْزُوعٍ جَازَ الذَّبْحُ بِهِمَا وَيُكْرَهُ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال أَنْهِرْ الدَّمَ بِمَا شِئْت إلَّا ما كان من سِنٍّ أو ظُفُرٍ فإن الظُّفُرَ مدي الْحَبَشَةِ وَالسِّنَّ عَظْمٌ من الْإِنْسَانِ اسْتَثْنَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الظُّفُرَ وَالسِّنَّ من الْإِبَاحَةِ وَالِاسْتِثْنَاءُ من الْإِبَاحَةِ يَكُونُ حَظْرًا وَعُلِّلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِكَوْنِ الظُّفُرِ مُدَى الْحَبَشَةِ وَكَوْنِ السِّنِّ عَظْمَ الْإِنْسَانِ وَهَذَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْإِنْكَارِ
وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا قَطَعَ الْأَوْدَاجَ فَقَدْ وَجَدَ الذَّبْحَ بِهِمَا فَيَجُوزُ كما لو ذَبَحَ بِالْمَرْوَةِ وَلِيطَةِ الْقَصَبِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَالْمُرَادُ السِّنُّ الْقَائِمُ وَالظُّفْرُ الْقَائِمُ لِأَنَّ الْحَبَشَةَ إنَّمَا كانت تَفْعَلُ ذلك لِإِظْهَارِ الْجَلَادَةِ وَذَاكَ بِالْقَائِمِ لَا بِالْمَنْزُوعِ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ رُوِيَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ إلَّا ما كان قَرْضًا بِسِنٍّ أو حَزًّا بِظُفْرٍ وَالْقَرْضُ إنَّمَا يَكُونُ بِالسِّنِّ الْقَائِمِ
وَأَمَّا الْآلَةُ التي تَفْسَخُ فَالظُّفْرُ الْقَائِمُ وَالسِّنُّ الْقَائِمُ وَلَا يَجُوزُ الذَّبْحُ بِهِمَا بالاجماع وَلَوْ ذَبَحَهُمَا كان مَيْتَةً لِلْخَبَرِ الذي رَوَيْنَا وَلِأَنَّ الظُّفْرَ وَالسِّنَّ إذَا لم يَكُنْ مُنْفَصِلًا فَالذَّابِحُ يَعْتَمِدُ على الذَّبِيحِ فَيُخْنَقُ وَيَنْفَسِخُ فَلَا يَحِلُّ أَكْلُهُ حتى قالوا لو أَخَذَ غَيْرُهُ يَدَهُ فَأَمَرَّ يَدَهُ كما أَمَرَّ السِّكِّينَ وهو سَاكِتٌ يَجُوزُ وَيَحِلُّ أَكْلُهُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْجَنِينُ إذَا خَرَجَ بَعْدَ ذَبْحِ أُمِّهِ إنْ خَرَجَ حَيًّا فذكى يَحِلُّ وَإِنْ مَاتَ قبل الذَّبْحِ لَا يُؤْكَلُ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ خَرَجَ مَيِّتًا فَإِنْ لم يَكُنْ كَامِلَ الْخَلْقِ لَا يُؤْكَلُ أَيْضًا في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُ بِمَعْنَى الْمُضْغَةِ وَإِنْ كان كَامِلَ الْخَلْقِ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لَا يُؤْكَلُ وهو قَوْلُ زُفَرَ وَالْحَسَنِ بن زِيَادٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ
وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَكَاةُ الْجَنِينِ بِذَكَاةِ أُمِّهِ فَيَقْتَضِي أَنَّهُ يَتَذَكَّى بِذَكَاةِ أُمِّهِ وَلِأَنَّهُ تَبَعٌ لِأُمِّهِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا
أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا الْحُكْمُ فَلِأَنَّهُ يُبَاعُ بِبَيْعِ الْأُمِّ وَيُعْتَقُ بِعِتْقِهَا وَالْحُكْمُ في التَّبَعِ يَثْبُتُ بِعِلَّةِ الْأَصْلِ وَلَا يُشْتَرَطُ له عِلَّةٌ على حِدَةٍ لِئَلَّا يَنْقَلِبَ التَّبَعُ أَصْلًا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْله تَعَالَى { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ } وَالْجَنِينُ مَيْتَةٌ لِأَنَّهُ لَا حَيَاةَ فيه وَالْمَيْتَةُ ما لَا حَيَاةَ فيه فَيَدْخُلُ تَحْتَ النَّصِّ
فَإِنْ قِيلَ الْمَيْتَةُ اسْمٌ لزوال (((لزائل))) الْحَيَاةِ فَيَسْتَدْعِي تَقَدُّمَ الْحَيَاةِ وَهَذَا لَا يُعْلَمُ في الْجَنِينِ
فَالْجَوَابُ أَنَّ تَقَدُّمَ الْحَيَاةِ ليس بِشَرْطٍ لِإِطْلَاقِ اسْمِ الْمَيِّتِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَكُنْتُمْ أَمْوَاتًا فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ } على أَنَّا إنْ سَلَّمْنَا ذلك

فَلَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كان حَيًّا فَمَاتَ بِمَوْتِ الْأُمِّ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ لم يَكُنْ فَيُحَرَّمُ احْتِيَاطًا وَلِأَنَّهُ أَصْلٌ في الْحَيَاة فَيَكُونُ له أَصْلٌ في الذَّكَاةِ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ أَصْلٌ في الْحَيَاةِ أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ بَقَاؤُهُ حَيًّا بَعْدَ ذَبْحِ الْأُمِّ وَلَوْ كان تَبَعًا لِلْأُمِّ في الْحَيَاةِ لَمَا تُصُوِّرَ بَقَاؤُهُ حَيًّا بَعْدَ زَوَالِ الْحَيَاةِ عن الْأُمِّ وإذا كان أَصْلًا في الْحَيَاةِ يَكُونُ أَصْلًا في الذَّكَاةِ لِأَنَّ الذَّكَاةَ تَفْوِيتُ الْحَيَاةِ وَلِأَنَّهُ إذَا

تُصُوِّرَ بَقَاؤُهُ حَيًّا بَعْدَ ذَبْحِ الْأُمِّ لم يَكُنْ ذَبْحُ الْأُمِّ سَبَبًا لِخُرُوجِ الدَّمِ عنه إذْ لو كان لَمَا تُصُوِّرَ بَقَاؤُهُ حَيًّا بَعْدَ ذَبْحِ الْأُمِّ إذْ الْحَيَوَانُ الدَّمَوِيُّ لَا يَعِيشُ بِدُونِ الدَّمِ عَادَةً فَبَقِيَ الدَّمُ الْمَسْفُوحُ فيه وَلِهَذَا إذَا جُرِحَ يَسِيلُ منه الدَّمُ وَأَنَّهُ حُرِّمَ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى دَمًا مَسْفُوحًا وَقَوْلُهُ عز شَأْنُهُ { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ } وَلَا يُمْكِنُ التَّمْيِيزُ بين لَحْمِهِ وَدَمِهِ فَيَحْرُمُ لَحْمُهُ أَيْضًا
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ رُوِيَ بِنَصْبِ الذَّكَاةِ الثَّانِيَةِ مَعْنَاهُ كَذَكَاةِ أُمِّهِ إذْ التَّشْبِيهُ قد يَكُونُ بِحَرْفِ التَّشْبِيهِ وقد يَكُونُ بِحَذْفِ حَرْفِ التَّشْبِيهِ قال اللَّهُ تَعَالَى وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ
وقال عز شَأْنُهُ { يَنْظُرُونَ إلَيْكَ نَظَرَ الْمَغْشِيِّ عليه من الْمَوْتِ } أَيْ كَنَظَرِ الْمَغْشِيِّ عليه وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ لِأَنَّ تَشْبِيهَ ذَكَاةِ الْجَنِينِ بِذَكَاةِ أُمِّهِ يَقْتَضِي اسْتِوَاءَهُمَا في الِافْتِقَارِ إلَى الذَّكَاةِ وَرِوَايَةُ الرَّفْعِ تَحْتَمِلُ التَّشْبِيهَ أَيْضًا قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السماوات (((السموات))) وَالْأَرْضُ } أَيْ عَرْضُهَا كَعَرْضِ السَّمَوَاتِ فيكون (((فيكون))) حُجَّةً عَلَيْكُمْ
وَيُحْتَمَلُ الْكِنَايَةُ كما قالوا فَلَا تَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ مع أَنَّهُ من أَخْبَارِ الْآحَادِ وَرَدَ فِيمَا تَعُمُّ بِهِ الْبَلْوَى وَأَنَّهُ دَلِيلُ عَدَمِ الثُّبُوتِ إذْ لو كان ثَابِتًا لَاشْتَهَرَ وإذا خَرَجَتْ من الدَّجَاجَةِ الْمَيِّتَةِ بَيْضَةٌ تُؤْكَلُ عِنْدَنَا سَوَاءٌ اشْتَدَّ قِشْرُهَا أو لم يَشْتَدَّ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ اشْتَدَّ قِشْرُهَا تُؤْكَلُ وَإِلَّا فَلَا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ إذَا لم يَشْتَدَّ قِشْرُهَا فَهِيَ من أَجْزَاءِ الْمَيْتَةِ فَتَحْرُمُ بِتَحْرِيمِ الْمَيْتَةِ وإذا اشْتَدَّ قِشْرُهَا فَقَدْ صَارَ شيئا آخَرَ وهو مُنْفَصِلٌ عن الدَّجَاجَةِ فَيَحِلُّ وَلَنَا أَنَّهُ شَيْءٌ طَاهِرٌ في نَفْسِهِ مُودَعٌ في الطَّيْرِ مُنْفَصِلٌ عنه ليس من أَجْزَائِهِ فَتَحْرِيمُهَا لَا يَكُونُ تَحْرِيمًا له كما إذَا اشْتَدَّ قِشْرُهَا وَلَوْ مَاتَتْ شَاةٌ وَخَرَجَ من ضَرْعِهَا لَبَنٌ يُؤْكَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يُؤْكَلُ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ جميعا إلَّا أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يُؤْكَلُ لِكَوْنِهِ مَيْتَةً وَعِنْدَهُمَا لَا يُؤْكَلُ لِنَجَاسَةِ الْوِعَاءِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَإِنَّ لَكُمْ في الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا في بُطُونِهِ من بين فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ }
وَالِاسْتِدْلَالُ بِالْآيَةِ من وُجُوهٍ أحدهما (((أحدها))) أَنَّهُ وَصَفَهُ بِكَوْنِهِ خَالِصًا فَيَقْتَضِي أَنْ لَا يَشُوبَهُ شَيْءٌ من النَّجَاسَةِ
وَالثَّانِي أَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَصَفَهُ بِكَوْنِهِ سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ وَالْحَرَامُ لَا يَسُوغُ لِلْمُسْلِمِ
وَالثَّالِثُ أَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مَنَّ عَلَيْنَا بِذَلِكَ إذْ الْآيَةُ خَرَجَتْ مَخْرَجَ الْمِنَّةِ وَالْمِنَّةُ بِالْحَلَالِ لَا بِالْحَرَامِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الأنفحة إذَا كانت مَائِعَةً وَإِنْ كانت صُلْبَةً فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تُؤْكَلُ وَتُسْتَعْمَلُ في الْأَدْوِيَةِ كُلِّهَا وَعِنْدَهُمَا يُغْسَلُ ظَاهِرُهَا وَتُؤْكَلُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تُؤْكَلُ أَصْلًا
وَأَمَّا الِاضْطِرَارِيَّةُ فَرُكْنُهَا الْعَقْرُ وهو الْجَرْحُ في أَيِّ مَوْضِعٍ كان وَذَلِكَ في الصَّيْدِ وما هو في مَعْنَى الصَّيْدِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الذَّبْحَ إذَا لم يَكُنْ مَقْدُورًا وَلَا بُدَّ من إخْرَاجِ الدَّمِ لِإِزَالَةِ الْمُحَرَّمِ وَتَطْيِيبِ اللَّحْمِ وهو الدَّمُ الْمَسْفُوحُ على ما بَيَّنَّا فَيُقَامُ سَبَبُ الذَّبْحِ مَقَامَهُ وهو الْجَرْحُ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في الشَّرْعِ من إقَامَةِ السَّبَبِ مَقَامَ الْمُسَبِّبِ عِنْدَ الْعُذْرِ وَالضَّرُورَةِ كما يُقَامُ السَّفَرُ مَقَامَ الْمَشَقَّةِ وَالنِّكَاحُ مَقَامَ الْوَطْءِ وَالنَّوْمُ مُضْطَجِعًا أو مُتَوَرِّكًا مَقَامَ الْحَدَثِ وَنَحْوُ ذلك
وَكَذَلِكَ ما نَدَّ من الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ بِحَيْثُ لَا يَقْدِرُ عليها صَاحِبُهَا لِأَنَّهَا بِمَعْنَى الصَّيْدِ وَإِنْ كان مُسْتَأْنِسًا

وقد رُوِيَ أَنَّ بعير (((بعيرا))) أند (((ند))) على عَهْدِ رسول اللَّهِ فَرَمَاهُ رَجُلٌ فَقَتَلَهُ فقال رسول اللَّهِ إنَّ لِهَذِهِ الإبل أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ فإذا غَلَبَكُمْ منها شَيْءٌ فَاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا وَسَوَاءٌ نَدَّ الْبَعِيرُ وَالْبَقَرُ في الصَّحْرَاءِ أو في الْمِصْرِ فَذَكَاتُهُمَا الْعَقْرُ كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ عن أَنْفُسِهِمَا فَلَا يُقْدَرُ عَلَيْهِمَا

قال مُحَمَّدٌ وَالْبَعِيرُ الذي نَدَّ على عَهْدِ رسول اللَّهِ كان بِالْمَدِينَةِ فَدَلَّ أَنَّ نَدَّ الْبَعِيرِ في الصَّحْرَاءِ وَالْمِصْرِ سَوَاءٌ في هذا الْحُكْمِ

وَأَمَّا الشَّاةُ فَإِنْ نَدَّتْ في الصَّحْرَاءِ فَذَكَاتُهَا الْعَقْرُ لِأَنَّهُ لَا يُقْدَرُ عليها وَإِنْ نَدَّتْ في الْمِصْرِ لم يَجُزْ عَقْرُهَا لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَخْذُهَا إذْ هِيَ لَا تَدْفَعُ عن نَفْسِهَا فَكَانَ الذَّبْحُ مَقْدُورًا عليه فَلَا يَجُوزُ الْعَقْرُ وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقْرَ خَلَفٌ من الذَّبْحِ وَالْقُدْرَةُ على الْأَصْلِ تَمْنَعُ الْمَصِيرَ إلَى الْخَلَفِ كما في التُّرَابِ مع الْمَاءِ وَالْأَشْهُرِ

مع الْأَقْرَاءِ وَغَيْرِ ذلك

وَكَذَلِكَ ما وَقَعَ منها في قَلِيبٍ فلم يُقْدَرْ على إخْرَاجِهِ وَلَا على مَذْبَحِهِ وَلَا مَنْحَرِهِ فإن ذَكَاتَهُ ذَكَاةُ الصَّيْدِ لِكَوْنِهِ في مَعْنَاهُ لِتَعَذُّرِ الذَّبْحِ وَالنَّحْرِ

وَذُكِرَ في الْمُنْتَقَى في الْبَعِيرِ إذَا صَالَ على رَجُلٍ فَقَتَلَهُ وهو يُرِيدُ الذَّكَاةَ حَلَّ أَكْلُهُ إذَا كان لَا يَقْدِرُ على أَخْذِهِ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ لِأَنَّهُ إذَا كان لَا يَقْدِرُ على أَخْذِهِ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الصَّيْدِ فَجَعَلَ الصِّيَالَ منه كَنَدِّهِ لِأَنَّهُ يَعْجَزُ عن أَخْذِهِ فَيَعْجَزُ عن نَحْرِهِ فَيُقَامُ الْجَرْحُ فيه مَقَامَ النَّحْرِ كما في الصَّيْدِ ثُمَّ لَا خِلَافَ في الِاصْطِيَادِ بِالسَّهْمِ وَالرُّمْحِ وَالْحَجَرِ وَالْخَشَبِ وَنَحْوِهَا أَنَّهُ إذَا لم يَجْرَحْ لَا يَحِلُّ

وَأَصْلُهُ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ سُئِلَ عن صَيْدِ الْمِعْرَاضِ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا خَرَقَ فَكُلْ وأن أَصَابَهُ بِعَرَضٍ فَلَا تَأْكُلْ فإنه وَقِيذٌ

وَأَمَّا الِاصْطِيَادُ بِالْجَوَارِحِ من الْحَيَوَانَاتِ إمَّا بِنَابٍ كَالْكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَنَحْوِهِمَا وَإِمَّا بِالْمِخْلَبِ كَالْبَازِي وَالشَّاهِينِ وَنَحْوِهِمَا فَكَذَلِكَ في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ أَنَّهُ إذَا لم يَجْرَحْ لَا يَحِلُّ حق (((حتى))) لو خَنَقَ أو صَدَمَ ولم يَجْرَحْ ولم يَكْسِرْ عُضْوًا منه لَا يَحِلُّ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَحِلُّ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْكَلْبَ يَأْخُذُ الصَّيْدَ على حَسْبِ ما يَتَّفِقُ له فَقَدْ يَتَّفِقُ له الْأَخْذُ بِالْجَرْحِ وقد يَتَّفِقُ بِالْخَنْقِ وَالصَّدْمِ وَالْحَالُ حَالُ الضَّرُورَةِ فَيُوَسَّعُ الْأَمْرُ فيه وَيُجْعَلُ الخندق (((الخنق))) وَالصَّدْمُ كَالْجَرْحِ كما وُسِّعَ في الذَّبْحِ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ قَوْله تَعَالَى { يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لهم قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وما عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ } وَهِيَ من الْجِرَاحَةِ فَيَقْتَضِي اعْتِبَارَ الْجَرْحِ وَلِأَنَّ الرُّكْنَ هو إخْرَاجُ الدَّمِ وَذَلِكَ بِالذَّبْحِ في حَالِ الْقُدْرَةِ وفي حَالِ الْعَجْزِ أُقِيمَ الْجَرْحُ مَقَامَهُ لِكَوْنِهِ سَبَبًا في خُرُوجِ الدَّمِ وَلَا يُوجَدُ ذلك في الْخَنْقِ

وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ في صَيْدِ الْمِعْرَاضِ إذَا خَرَقَ فَكُلْ وان أَصَابَ بِعَرْضِهِ فَلَا تأكله (((تأكل))) فإنه وَقِيذٌ وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال ما أَصَبْتَ بِعَرْضِهِ فَلَا تَأْكُلْ فَهُوَ وَقِيذٌ وما أَصَبْت بِحَدِّهِ فَكُلْ أَرَادَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْحِلَّ وَالْحُرْمَةَ على الْجَرْحِ وَعَدَمِ الْجَرْحِ وَسَمَّى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ غير الْمَجْرُوحِ وَقِيذًا وأنه حَرَامٌ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالْمَوْقُوذَةُ }

وَلِأَنَّهَا مُنْخَنِقَةٌ وَأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ بِقَوْلِهِ عز وجل { وَالْمُنْخَنِقَةُ } فَإِنْ لم يَجْرَحْهُ ولم يَخْنُقْهُ وَلَكِنَّهُ كَسَرَ عُضْوًا منه فَمَاتَ فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لم يُحْكَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فيه شَيْءٌ مُصَرَّحٌ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الزِّيَادَاتِ وَأَطْلَقَ أَنَّهُ إذَا لم يُجْرَحْ لم يُؤْكَلْ وَهَذَا الْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِالْكَسْرِ وقال أبو يُوسُفَ إذَا جَرَحَ بِنَابٍ أو مِخْلَبٍ أو كَسَرَ عُضْوًا فَقَتَلَهُ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ فَقَدْ جَعَلَ الْكَسْرَ جِرَاحَةً باطنة فَيُلْحَقُ بِالْجِرَاحَةِ لِظَاهِرِهِ في حُكْمٍ بُنِيَ على الضَّرُورَةِ وَالْعُذْرِ

وَجْهُ رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ الصَّحِيحَةُ أَنَّ الْأَصْلَ هو الذَّبْحُ وَإِنَّمَا أُقِيمَ الْجَرْحُ مَقَامَهُ في كَوْنِهِ سَبَبًا لِخُرُوجِ الدَّمِ وَذَلِكَ لَا يُوجَدُ في الْكَسْرِ فَلَا يُقَامُ مَقَامَهُ وَلِهَذَا لم يَقُمْ الْخَنْقُ مَقَامَهُ وقد قالوا إذَا أَصَابَ السَّهْمُ ظِلْفَ الصَّيْدِ فَإِنْ وَصَلَ إلَى اللَّحْمِ فَأَدْمَاهُ حَلَّ وَإِلَّا فَلَا وَهَذَا تَفْرِيعٌ على رِوَايَةِ اعْتِبَارِ الْجَرْحِ وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً ولم يَسِلْ منها دَمٌ قِيلَ وَهَذَا قد يَكُونُ في شَاةٍ اعْتَلَفَتْ الْعُنَّابَ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال أبو الْقَاسِمِ الصَّفَّارُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تأكل (((تؤكل))) لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما فَرَى الْأَوْدَاجَ وَأَنْهَرَ الدَّمَ فَكُلْ يُؤْكَلُ بِشَرْطِ إنْهَارِ الدَّمِ ولم يُوجَدْ وَلِأَنَّ الذَّبْحَ لم يُشْرَعْ لِعَيْنِهِ بَلْ لِإِخْرَاجِ الدَّمِ الْمُحَرَّمِ وَتَطْيِيبِ اللَّحْمِ ولم يُوجَدْ فَلَا يَحِلُّ

وقال أبو بَكْرٍ الْإِسْكَافُ وَالْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُؤْكَلُ لِوُجُودِ الذَّبْحِ وهو فرى الْأَوْدَاجِ وأنه سَبَبٌ لِخُرُوجِ الدَّمِ عَادَةً لَكِنَّهُ امْتَنَعَ لِعَارِضٍ بَعْدَ وُجُودِ السَّبَبِ فَصَارَ كَالدَّمِ الذي احْتُبِسَ في بَعْضِ الْعُرُوقِ عن الْخُرُوجِ بَعْدَ الذَّبْحِ وَذَا لَا يَمْنَعُ الْحِلَّ كَذَا هذا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قَطَعَ من إلية الشَّاةِ قِطْعَةً أو من فَخِذِهَا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الْمُبَانُ وَإِنْ ذُبِحَتْ الشَّاةُ بَعْدَ ذلك لِأَنَّ حُكْمَ الذَّكَاةِ لم يَثْبُتْ في الْجُزْءِ الْمُبَانِ وَقْتَ الْإِبَانَةِ لِانْعِدَامِ ذَكَاةِ الشَّاةِ لِكَوْنِهَا حَيَّةً وَقْتَ الْإِبَانَةِ وَحَالَ فَوَاتِ الْحَيَاةِ كان الْجُزْءُ مُنْفَصِلًا وَحُكْمُ الذَّكَاةِ لَا يَظْهَرُ في الْجُزْءِ الْمُنْفَصِلِ

وَرُوِيَ أَنَّ أَهْلَ الْجَاهِلِيَّةِ كَانُوا يَقْطَعُونَ قِطْعَةً من إلية الشَّاةِ وَمِنْ سَنَامِ الْبَعِيرِ فَيَأْكُلُونَهَا فلما بُعِثَ النبي الْمُكَرَّمُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَاهُمْ عن ذلك فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما أُبِينَ من الْحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ وَالْجُزْءُ الْمَقْطُوعُ مُبَانٌ من حَيٍّ وَبَائِنٌ منه فَيَكُونُ مَيِّتًا وَكَذَلِكَ إذَا قُطِعَ ذلك من صَيْدٍ لم يُؤْكَلْ الْمَقْطُوعُ وَإِنْ مَاتَ الصَّيْدُ بَعْدَ ذلك لِمَا قُلْنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُؤْكَلُ إذَا مَاتَ الصَّيْدُ بِذَلِكَ وَسَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَإِنْ قُطِعَ فَتَعَلَّقَ الْعُضْوُ بِجِلْدِهِ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ ذلك الْقَدْرَ من التَّعَلُّقِ لَا يُعْتَبَرُ

فَكَانَ وُجُودُهُ وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِنْ كان مُتَعَلِّقًا بِاللَّحْمِ يُؤْكَلُ الْكُلُّ لِأَنَّ الْعُضْوَ الْمُتَعَلِّقَ بِاللَّحْمِ من جُمْلَةِ الْحَيَوَانِ وَذَكَاةُ الْحَيَوَانِ تَكُونُ لِمَا اتَّصَلَ بِهِ وَلَوْ ضَرَبَ صَيْدًا بِسَيْفٍ فَقَطَعَهُ نِصْفَيْنِ يُؤْكَلُ النِّصْفَانِ عِنْدَنَا جميعا وهو قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ لِأَنَّهُ وَجَدَ قَطْعَ الْأَوْدَاجِ لِكَوْنِهَا مُتَّصِلَةً من الْقَلْبِ بِالدِّمَاغِ فَأَشْبَهَ الذَّبْحَ فَيُؤْكَلُ الْكُلُّ وَإِنْ قَطَعَ أَقَلَّ من النِّصْفِ فَمَاتَ فَإِنْ كان مِمَّا يَلِي الْعَجُزَ لَا يُؤْكَلُ الْمُبَانُ عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ يُؤْكَلُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْجَرْحَ في الصَّيْدِ إذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ فَهُوَ ذَكَاةٌ اضْطِرَارِيَّةٌ وَإِنَّهَا سَبَبُ الْحِلِّ كَالذَّبْحِ
وَلَنَا قَوْلُ النبي ما أُبِينَ من الْحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ وَالْمَقْطُوعُ مُبَانٌ من الْحَيِّ فَيَكُونُ مَيِّتًا وَأَمَّا قَوْلُهُ أن الْجَرْحَ الذي اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ ذَكَاةٌ في الصَّيْدِ فَنَعَمْ لَكِنَّ حَالَ فَوَاتِ الْحَيَاةِ عن الْمَحَلِّ وَعِنْدَ الْإِبَانَةِ الْمَحَلُّ كان حَيًّا فلم يَقَعْ الْفِعْلُ ذَكَاةً له وَعِنْدَمَا صَارَ ذَكَاةً كان الْجُزْءُ مُنْفَصِلًا وَحُكْمُ الذَّكَاةِ لَا يَلْحَقُ الْجُزْءَ الْمُنْفَصِلَ وَإِنْ كان مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ يُؤْكَلُ الْكُلُّ لِوُجُودِ قَطْعِ الْأَوْدَاجِ فَكَانَ الْفِعْلُ حَالَ وُجُودِهِ ذَكَاةً حَقِيقَةً فَيَحِلُّ بِهِ الْكُلُّ وَإِنْ ضَرَبَ رَأْسَ صَيْدٍ فَأَبَانَهُ نِصْفَيْنِ طُولًا أو عَرْضًا يوكل كُلُّهُ في قَوْلِ أبي حينفة (((حنيفة))) وَمُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلِ ثُمَّ رَجَعَ وقال لَا يوكل النِّصْفُ الْبَائِنُ ويوكل ما بَقِيَ من الصَّيْدِ
وَالْأَصْلُ فيه ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَوْدَاجَ مُتَّصِلَةٌ بِالدِّمَاغِ فَتَصِيرُ مَقْطُوعَةً بِقَطْعِ الرَّأْسِ وكان أبو يُوسُفَ على هذا ثُمَّ ظَنَّ أنها لَا تَكُونُ إلَّا فِيمَا يَلِي الْبَدَنَ من الرَّأْسِ وَإِنْ كان الْمُبَانُ أَكْثَرَ من النِّصْفِ فَكَذَلِكَ يوكل الْكُلُّ لِأَنَّهُ إذَا قَطَعَ الْعُرُوقَ فلم يَكُنْ ذلك ذَبْحًا بَلْ كان جَرْحًا وَأَنَّهُ لَا يُبِيحُ الْمُبَانَ لِمَا ذَكَرْنَا
وَأَمَّا شَرَائِطُ رُكْنِ الذَّكَاةِ فَأَنْوَاعُ بَعْضُهَا يَعُمُّ نَوْعَيْ الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ وَالِاضْطِرَارِيَّة وَبَعْضُهَا يَخُصُّ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ أَمَّا الذي يَعُمُّهُمَا فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا فَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ وَالسَّكْرَانُ الذي لَا يَعْقِلُ لِمَا نَذْكُرُ أَنَّ الْقَصْدَ إلَى التَّسْمِيَةِ عِنْدَ الذَّبْحِ شَرْطٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ الْقَصْدُ الصَّحِيحُ مِمَّنْ لَا يَعْقِلُ فَإِنْ كان الصَّبِيُّ يَعْقِلُ الذَّبْحَ وَيَقْدِرُ عليه تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ وَكَذَا السَّكْرَانُ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا أو كِتَابِيًّا فَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ أَهْلِ الشِّرْكِ وَالْمَجُوسِيِّ وَالْوَثَنِيِّ وَذَبِيحَةُ الْمُرْتَدِّ
أَمَّا ذَبِيحَةُ أَهْلِ الشِّرْكِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { وما أُهِّلَ لِغَيْرِ اللَّهِ }
وَقَوْلِهِ عز وجل { وما ذُبِحَ على النُّصُبِ } أَيْ لِلنُّصُبِ وَهِيَ الْأَصْنَامُ التي يَعْبُدُونَهَا
وَأَمَّا ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِ فَلِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غير نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ وَلِأَنَّ ذِكْرَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى على الذَّبِيحَةِ من شَرَائِطِ الْحِلِّ عِنْدَنَا لِمَا نَذْكُرُ ولم يُوجَدْ
وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَلِأَنَّهُ لَا يُقَرُّ على الدِّينِ الذي انْتَقَلَ إلَيْهِ فَكَانَ كَالْوَثَنِيِّ الذي لَا يُقَرُّ على دِينِهِ وَلَوْ كان الْمُرْتَدُّ غُلَامًا مُرَاهِقًا لَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ عِنْدَ أبي حينفة (((حنيفة))) وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ تُؤْكَلُ بِنَاءً على أَنَّ رِدَّتَهُ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا تَصِحُّ وَتُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ أَهْلِ الْكِتَابِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ } وَالْمُرَادُ منه ذَبَائِحُهُمْ إذْ لو لم يَكُنْ الْمُرَادُ ذلك لم يَكُنْ لِلتَّخْصِيصِ بِأَهْلِ الْكِتَابِ مَعْنًى لِأَنَّ غير الذَّبَائِحِ من أَطْعِمَةِ الْكَفَرَةِ مَأْكُولٌ وَلِأَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الطَّعَامِ يَقَعُ على الذَّبَائِحِ كما يَقَعُ على غَيْرِهَا لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَطَعَّمُ وَالذَّبَائِحُ مِمَّا يُتَطَعَّمُ فَيَدْخُلُ تَحْتَ اطلاق اسْمِ الطَّعَامِ فَيَحِلُّ لنا أَكْلُهَا وَيَسْتَوِي فيه أَهْلُ الْحَرْبِ منهم وَغَيْرُهُمْ لِعُمُومِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ
وَكَذَا يَسْتَوِي فيه نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ وَغَيْرُهُمْ لِأَنَّهُمْ إلى دِينِ النَّصَارَى إلَّا أَنَّهُمْ نَصَارَى الْعَرَبِ فَيَتَنَاوَلُهُمْ عُمُومُ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ
وقال سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه لَا تُؤْكَلُ ذَبَائِحُ نَصَارَى الْعَرَبِ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِأَهْلِ الْكِتَابِ وَقَرَأَ قَوْلَهُ عز شَأْنُهُ { وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ الْكِتَابَ إلَّا أَمَانِيَّ }
وقال ابن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما تُؤْكَلُ وَقَرَأَ قَوْلَهُ عز وجل { وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فإنه منهم } وَالْآيَةُ الْكَرِيمَةُ التي تَلَاهَا سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه دَلِيلٌ

على أَنَّهُمْ من أَهْلِ الْكِتَابِ لِأَنَّهُ قال عز وجل { وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ الْكِتَابَ } أَيْ من أَهْلِ الْكِتَابِ وَكَلِمَةُ من لِلتَّبْعِيضِ إلَّا أَنَّهُمْ يُخَالِفُونَ غَيْرَهُمْ من النَّصَارَى في بَعْضِ شَرَائِعِهِمْ وَذَا يُخْرِجُهُمْ عن كَوْنِهِمْ نَصَارَى كَسَائِرِ النَّصَارَى
فَإِنْ انْتَقَلَ الْكِتَابِيُّ إلَى دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ من الْكَفَرَةِ لَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لو انْتَقَلَ إلَى ذلك الدِّينِ لَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ فَالْكِتَابِيُّ أَوْلَى
وَلَوْ انْتَقَلَ غَيْرُ الْكِتَابِيِّ من الْكَفَرَةِ إلَى دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ
وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إلَى حَالِهِ وَدِينِهِ فِيه أنه ينظر إلى حاله ودينه وَقْتِ ذَبِيحَتِهِ دُونَ ما سِوَاهُ وَهَذَا أَصْلُ أَصْحَابِنَا أَنَّ من انْتَقَلَ من مِلَّةٍ يُقَرُّ عليها يُجْعَلُ كَأَنَّهُ من أَهْلِ تِلْكَ الْمِلَّةِ من الْأَصْلِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ

النِّكَاحِ وَالْمَوْلُودُ بين كِتَابِيٍّ وَغَيْرِ كِتَابِيٍّ تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ أَيُّهُمَا كان الْكِتَابِيُّ الْأَبُ أو الْأُمُّ عِنْدَنَا
قال مَالِكٌ يُعْتَبَرُ الْأَبُ فَإِنْ كان كِتَابِيًّا تُؤْكَلُ وَإِلَّا فَلَا
وقال الشَّافِعِيُّ لَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ رَأْسًا وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ جَعْلَ الْوَلَدِ تَبَعًا لِلْكِتَابِيِّ مِنْهُمَا أَوْلَى لِأَنَّهُ خَيْرُهُمَا دِينًا بِالنِّسْبَةِ فَكَانَ بِاتِّبَاعِهِ إياه أَوْلَى
وَأَمَّا الصَّابِئُونَ فَتُؤْكَلُ ذَبَائِحُهُمْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا تُؤْكَلُ وَاخْتِلَافُ الْجَوَابِ لِاخْتِلَافِ تَفْسِيرِهِمْ في الصَّابِئِينَ أَنَّهُمْ مِمَّنْ هُمْ
وقد ذَكَرْنَا ذلك في كِتَابِ النِّكَاحِ
ثُمَّ إنَّمَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْكِتَابِيِّ إذَا لم يُشْهَدْ ذَبْحُهُ ولم يُسْمَعْ منه شَيْءٌ أو سُمِعَ وَشُهِدَ منه تَسْمِيَةُ اللَّهِ تَعَالَى وَحْدَهُ لِأَنَّهُ إذَا لم يَسْمَعْ شيئا يُحْمَلُ على أَنَّهُ قد سَمَّى اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَجَرَّدَ التَّسْمِيَةَ تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِهِ كما بِالْمُسْلِمِ
وَلَوْ سُمِعَ منه ذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى لَكِنَّهُ عَنَى بِاَللَّهِ عز وجل الْمَسِيحَ عليه السلام قالوا تُؤْكَلُ لِأَنَّهُ أَظْهَرَ تَسْمِيَةً هِيَ تَسْمِيَةُ الْمُسْلِمِينَ
إلَّا إذَا نَصَّ فقال بِسْمِ اللَّهِ الذي هو ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ فَلَا تَحِلُّ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ سُئِلَ عن ذَبَائِحِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَهُمْ يَقُولُونَ ما يَقُولُونَ فقال رضي اللَّهُ عنه قد أَحَلَّ اللَّهُ ذَبَائِحَهُمْ وهو يَعْلَمُ ما يَقُولُونَ فَأَمَّا إذَا سُمِعَ منه أَنَّهُ سَمَّى الْمَسِيحَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَحْدَهُ أو سَمَّى اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَسَمَّى الْمَسِيحَ لَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ
كَذَا رَوَى سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه ولم يُرْوَ عنه غَيْرِهِ خِلَافُهُ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَلِقَوْلِهِ عز وجل { وما أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ } وَهَذَا أُهِلّ لِغَيْرِ اللَّهِ عز وجل بِهِ فَلَا يُؤْكَلُ
وَمَنْ أُكِلَتْ ذَبِيحَتُهُ مِمَّنْ ذَكَرْنَا أُكِلَ صَيْدُهُ الذي صَادَهُ بِالسَّهْمِ أو بِالْجَوَارِحِ وَمَنْ لَا فَلَا
ولأن أَهْلِيَّةَ الْمُذَكِّي شَرْطٌ في نَوْعَيْ الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ وَالِاضْطِرَارِيَّةِ جميعا
وَمِنْهَا التَّسْمِيَةُ حَالَةَ الذَّكْرِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ أَصْلًا
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ انها شَرْطٌ حَالَةَ الذِّكْرِ وَالسَّهْوِ حتى لَا يُحِلَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا عِنْدَهُ
وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بين الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ

أَمَّا الْكَلَام مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه احْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إلَيَّ مُحَرَّمًا على طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أو دَمًا مَسْفُوحًا أو لَحْمَ خِنْزِيرٍ } أَمَرَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْ يَقُولَ انه لَا يَجِدُ فِيمَا أوحى إلَيْهِ مُحَرَّمًا سِوَى الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ
وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ لم يَدْخُلْ فيها فَلَا يَكُونُ مُحَرَّمًا وَلَا يُقَالُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ لم يَكُنْ الْمُحَرَّمُ وَقْتَ نُزُولِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ سِوَى الْمَذْكُورِ فيها ثُمَّ حُرِّمَ بَعْدَ ذلك مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ بِقَوْلِهِ عز وجل { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه } لِأَنَّهُ قِيلَ إنَّ سُورَةَ الْأَنْعَامِ نَزَلَتْ جُمْلَةً وَاحِدَةً
وَلَوْ كان مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ مُحَرَّمًا لَكَانَ وَاجِدًا له فَيَجِبُ أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ كما اسْتَثْنَى الْأَشْيَاءَ الثَّلَاثَةَ
وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ }
وَالِاسْتِدْلَالُ بِالْآيَةِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ مُطْلَقَ النَّهْيِ لِلتَّحْرِيمِ في حَقِّ الْعَمَلِ

وَالثَّانِي أَنَّهُ سَمَّى أكل (((كل))) ما لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه فِسْقًا بِقَوْلِهِ عز وجل { وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ } وَلَا فِسْقَ إلَّا بِارْتِكَابِ الْمُحَرَّمِ وَلَا تُحْمَلُ إلَّا على الْمَيْتَةِ وَذَبَائِحِ أَهْلِ الشِّرْكِ بِقَوْلِ بَعْضِ أَهْلِ التَّأْوِيلِ في سَبَبِ نُزُولِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ لِأَنَّ الْعَامَّ لَا يُخَصُّ بِالسَّبَبِ عِنْدَنَا بَلْ يَعْمَلُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ لِمَا عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ مع ما أَنَّ الْحَمْلَ على ذلك حَمْلٌ على التَّكْرَارِ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْمَيْتَةِ وَذَبَائِحِ أَهْلِ الشِّرْكِ ثَبَتَتْ بِنُصُوصٍ أُخَرَ وَهِيَ قَوْلُهُ عز وجل { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ }
وَقَوْلُهُ عز وجل { وما أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ }
وَقَوْلُهُ عز وجل { وما ذُبِحَ على النُّصُبِ } فَالْحَمْلُ على ما قَالَهُ يَكُونُ حَمْلًا على ما قُلْنَا وَيَكُونُ حَمْلًا على فَائِدَةٍ جَدِيدَةٍ فَكَانَ أَوْلَى
وَقَوْلُهُ عز وجل { فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عليها صَوَافَّ } وَمُطْلَقُ الْأَمْرِ لِلْوُجُوبِ في حَقِّ الْعَمَلِ وَلَوْ لم يَكُنْ شَرْطًا لَمَا وَجَبَ
وَرَوَى الشَّعْبِيُّ عن عَدِيِّ بن حَاتِمٍ رضي اللَّهُ عنهما قال سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ عن صَيْدِ الْكَلْبِ فقال ما أَمْسَكَ عَلَيْكَ ولم يَأْكُلْ منه فَكُلْهُ فإن أَخْذَهُ ذَكَاتُهُ فَإِنْ وَجَدْتَ عِنْدَ كَلْبِكَ غَيْرَهُ فَحَسِبْتَ أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ معه وقد قَتَلَهُ فَلَا تَأْكُلْ لِأَنَّكَ إنَّمَا ذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى على كَلْبِكَ ولم تَذْكُرْهُ على كَلْبِ غَيْرِك نهى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن الْأَكْلِ وَعَلَّلَ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ فَدَلَّ أنها شَرْطٌ
وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فَفِيهَا أَنَّهُ كان يَجِدُ وَقْتَ نُزُولِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ مُحَرَّمًا سِوَى الْمَذْكُورِ فيها فَاحْتُمِلَ أَنَّهُ كان كَذَلِكَ وَقْتَ نُزُولِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ وُجِدَ تَحْرِيمُ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ بَعْدَ ذلك لِمَا تَلَوْنَا كما كان لَا يَجِدُ تَحْرِيمَ كل ذِي نَابٍ من السِّبَاعِ وَكُلِّ ذِي مِخْلَبٍ من الطَّيْرِ وَتَحْرِيمَ الْحِمَارِ وَالْبَغْلِ عِنْدَ نُزُولِهَا ثُمَّ وُجِدَ بَعْدَ ذلك بِوَحْيٍ مَتْلُوٍّ أو غَيْرِ مَتْلُوٍّ على ما ذَكَرْنَا
وَأَمَّا ما يُرْوَى أَنَّ سُورَةَ الْأَنْعَامِ نَزَلَتْ كُلُّهَا جُمْلَةً وَاحِدَةً فمروى على طَرِيقِ الْآحَادِ فَلَا يُقْبَلُ

في إبْطَال حُرْمَةٍ ثَبَتَتْ بِالْكِتَابِ على أَنَّ الْمَذْكُورَ فيها من جُمْلَةِ الْمُسْتَثْنَى الْمَيْتَةُ فما الدَّلِيلُ على أَنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا ليس بِمَيْتَةٍ بَلْ هو مَيْتَةٌ عِنْدَنَا مع أَنَّهُ لَا يَجِدُ فِيمَا أوحي إلَيْهِ مُحَرَّمًا سِوَى الْمَذْكُورِ وَنَحْنُ لَا نُطْلِقُ اسْمَ الْمُحَرَّمِ على مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ إذْ الْمُحَرَّمُ الْمُطْلَقُ ما ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ ولم يُوجَدْ ذلك في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ إذَا كان الِاخْتِلَافُ بين أَهْلِ الدِّيَانَةِ وَإِنَّمَا نُسَمِّيهِ مَكْرُوهًا أو مُحَرَّمًا في حَقِّ الِاعْتِقَادِ قَطْعًا على طَرِيقِ التَّعْيِينِ بَلْ على الْإِبْهَامِ أَنَّ ما أَرَادَ اللَّهُ عز وجل من هذا النَّهْيِ فَهُوَ حَقٌّ لَكِنَّا نَمْتَنِعُ عن أَكْلِهِ احْتِيَاطًا وهو تَفْسِيرُ الْحُرْمَةِ في حَقِّ الْعَمَلِ
وَأَمَّا الْكَلَامُ مع مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَهُوَ احْتَجَّ بِعُمُومِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه } من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْعَمْدِ وَالسَّهْوِ وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَمَّا كانت وَاجِبَةً حَالَةَ الْعَمْدِ فَكَذَا حَالَةَ النِّسْيَانِ لِأَنَّ النِّسْيَانَ لَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ وَالْحَظْرَ كَالْخَطَأِ حتى كان النَّاسِي والخاطىء (((والخاطئ))) جَائِزَ الْمُؤَاخَذَةِ عَقْلًا وَلِهَذَا اسْتَوَى الْعَمْدُ وَالسَّهْوُ في تَرْكِ تَكْبِيرَةِ الِافْتِتَاحِ وَالطَّهَارَةِ وَغَيْرِهَا من الشَّرَائِطِ وَالْكَلَامُ في الصَّلَاةِ عَمْدًا أو سَهْوًا عِنْدَكُمْ كَذَا هَهُنَا
وَلَنَا ما رُوِيَ عن رَاشِدِ بن سعيد (((سعد))) عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال ذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ حَلَالٌ سمي أو لم يُسَمِّ ما لم يَتَعَمَّدْ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ
وَأَمَّا الْآيَةُ فَلَا تَتَنَاوَلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ لِوَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّهُ قال عز وجل { وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ } أَيْ تَرْكُ التَّسْمِيَةِ عِنْدَ الذَّبْحِ فِسْقٌ وَتَرْكُ التَّسْمِيَةِ سَهْوًا لَا يَكُونُ فِسْقًا وَكَذَا كُلُّ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ سَهْوًا لَا يَلْحَقُهُ سِمَةُ الْفِسْقِ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ اجْتِهَادِيَّةٌ وَفِيهَا اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ فَدَلَّ أَنَّ الْمُرَادَ من الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا لَا سَهْوًا
وَالثَّانِي أَنَّ النَّاسِيَ لم يَتْرُكْ التَّسْمِيَةَ بَلْ ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عز وجل وَالذِّكْرُ قد يَكُونُ بِاللِّسَانِ وقد يَكُونُ بِالْقَلْبِ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَا تُطِعْ من أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عن ذِكْرِنَا } وَالنَّاسِي ذَاكِرٌ بِقَلْبِهِ لِمَا رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ سُئِلَ عن رَجُلٍ ذَبَحَ وَنَسِيَ أَنْ يَذْكُرَ اسْمَ اللَّهِ عليه فقال رضي اللَّهُ عنه اسْمُ اللَّهِ عز وجل في قَلْبِ كل مُسْلِمٍ فَلْيَأْكُلْ
وَعَنْهُ رِوَايَةٍ أُخْرَى قال إنَّ الْمُسْلِمَ ذَكَرَ اللَّهَ في قَلْبِهِ وقال كما لَا يَنْفَعُ الِاسم في الشِّرْكِ لَا يَضُرُّ النِّسْيَانُ في الْإِسْلَامِ وَعَنْهُ رضي اللَّهُ عنه في رِوَايَةٍ أُخْرَى قال في الْمُسْلِمِ اسْمُ اللَّهِ تَعَالَى فإذا ذَبَحَ وَنَسِيَ أَنْ يسمى فَكُلْ وإذا ذَبَحَ الْمَجُوسِيُّ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا تَطْعَمْهُ
وَعَنْ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه سُئِلَ عن هذا فقال إنَّمَا هِيَ عِلَّةُ الْمَسْأَلَةِ فَثَبَتَ أَنَّ النَّاسِيَ ذَاكِرٌ فَكَانَتْ ذَبِيحَتُهُ مَذْكُورَ التَّسْمِيَةِ فَلَا تَتَنَاوَلُهَا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ النِّسْيَانَ لَا يَدْفَعُ التَّكْلِيفَ وَلَا يَدْفَعُ الْحَظْرَ حتى لم يُجْعَلْ عُذْرًا في بَعْضِ الْمَوَاضِعِ على ما ضُرِبَ من الْأَمْثِلَةِ فَنَقُولُ النِّسْيَانُ جُعِلَ عُذْرًا مَانِعًا من التَّكْلِيفِ وَالْمُؤَاخَذَةِ فِيمَا يَغْلِبُ وُجُودُهُ ولم يُجْعَلْ عُذْرًا فِيمَا لَا يَغْلِبُ وُجُودُهُ لِأَنَّهُ لو لم يُجْعَلْ عُذْرًا فِيمَا يَغْلِبُ وُجُودُهُ لَوَقَعَ الناس في الْحَرَجِ وَالْحَرَجُ مَدْفُوعٌ وَالْأَصْلُ فيه إن من لم يُعَوِّدْ نَفْسَهُ فِعْلًا يُعْذَرُ في تَرْكِهِ وَاشْتِغَالِهِ بِضِدِّهِ سَهْوًا لِأَنَّ حِفْظَ النَّفْسِ عن الْعَادَةِ التي هِيَ طَبِيعَةٌ خَامِسَةٌ خَطْبٌ صَعْبٌ وَأَمْرٌ أَمَرُّ فَيَكُونُ النِّسْيَانُ فيه غَالِبَ الْوُجُودِ فَلَوْ لم يُعْذَرْ لَلَحِقَهُ الْحَرَجُ
وَلَيْسَ كَذَلِكَ إذَا لم يُعَوِّدْ نَفْسَهُ
مِثَالُهُ أَنَّ الْأَكْلَ وَالشُّرْبَ من الصَّائِمِ سَهْوًا جُعِلَ عُذْرًا في الشَّرْعِ حتى لَا

يَفْسُدَ صَوْمُهُ لِأَنَّهُ عَوَّدَ نَفْسَهُ ذلك ولم يُعَوِّدْهَا ضِدَّهُ وهو الْكَفُّ عن الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ ولم يُجْعَلْ ذلك عُذْرًا في المصلى لِأَنَّهُ لم يُعَوِّدْ نَفْسَهُ ذلك في كل زَمَانٍ بَلْ في وَقْتٍ مَعْهُودٍ وهو الْغَدَاةُ وَالْعَشِيُّ خُصُوصًا في حَالِ الصَّلَاةِ التي تُخَالِفُ أَوْقَاتَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ فَكَانَ الْأَكْلُ وَالشُّرْبُ فيها في غَايَةِ النُّدْرَةِ فلم يُجْعَلْ عُذْرًا

وَالْكَلَامُ في الصَّلَاةِ من هذا الْقَبِيلِ لِأَنَّ حَالَةَ الصَّلَاةِ تَمْنَعُ من ذلك عَادَةً فَكَانَ النِّسْيَانُ فيها نَادِرًا فلم يُجْعَلْ عُذْرًا وَكَذَلِكَ تَرْكُ تَكْبِيرَةِ الِافْتِتَاحِ سَهْوًا لِأَنَّ الشُّرُوعَ في الصَّلَاةِ يَكُونُ بها وَتَرْكُهَا سَهْوًا عِنْدَ تَصْمِيمِ الْعَزْمِ على الشُّرُوعِ فيها مِمَّا يَنْدُرُ فلم يُعْذَرْ

وَكَذَا تَرْكُ الطَّهَارَةِ عِنْدَ حُضُورِ وَقْتِ الصَّلَاةِ سَهْوًا لِأَنَّ الْمُسْلِمَ على اسْتِعْدَادِ الصَّلَاةِ عِنْدَ هُجُومِ وَقْتِهَا عَادَةً فَالشُّرُوعُ في الصَّلَاةِ من غَيْرِ طَهَارَةٍ سَهْوًا يَكُونُ نَادِرًا فَلَا يُعْذَرُ وَيَلْحَقُ بِالْعَدَمِ فَأَمَّا ذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَأَمْرٌ لم يُعَوِّدْهُ الذَّابِحُ نَفْسَهُ لِأَنَّ الذَّبْحَ على مَجْرَى الْعَادَةِ يَكُونُ من الْقَصَّابِينَ وَمِنْ الصِّبْيَانِ الذين لم يُعَوِّدُوا أَنْفُسَهُمْ ذِكْرَ اللَّهِ عز وجل فَتَرْكُ التَّسْمِيَةِ منهم سَهْوًا لَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ بَلْ يَغْلِبُ فَجُعِلَ عُذْرًا دَفْعًا لِلْحَرَجِ فَهُوَ الْفَرْقُ بين هذه الْجُمْلَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى هو الْمُوَفِّقُ

وإذا ثَبَتَ أَنَّ التَّسْمِيَةَ حَالَةَ الذِّكْرِ من شَرَائِطِ الْحِلِّ عِنْدَنَا فَبَعْدَ ذلك يَقَعُ الْكَلَامُ في بَيَانِ رُكْنِ التَّسْمِيَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ وَقْتِ التَّسْمِيَةِ أَمَّا رُكْنُهَا فَذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ عز وجل أَيِّ اسْمٍ كان لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عليه إنْ كُنْتُمْ بِآيَاتِهِ مُؤْمِنِينَ }

من غَيْرِ فَصْلٍ بين اسْمٍ وَاسْمٍ وَقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه } لِأَنَّهُ إذَا ذَكَرَ اسْمًا من أَسْمَاءِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لم يَكُنْ الْمَأْكُولُ مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه فلم يَكُنْ مُحَرَّمًا وَسَوَاءٌ قَرَنَ بِالِاسْمِ الصِّفَةَ بِأَنْ قال اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَجَلُّ اللَّهُ أَعْظَمُ اللَّهُ الرَّحْمَنُ اللَّهُ الرَّحِيمُ وَنَحْوُ ذلك أو لم يَقْرِنْ بِأَنْ قال اللَّهَ أو الرَّحْمَنَ أو الرَّحِيمَ أو غير ذلك لِأَنَّهُ الْمَشْرُوطُ بِالْآيَةِ عز شَأْنُهُ وقد وُجِدَ وَكَذَا في حديث عَدِيِّ بن حَاتِمٍ رضي اللَّهُ عنهما إذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عليه فَكُلْ من غَيْرِ فَصْلٍ بين اسْمٍ وَاسْمٍ وَكَذَا التَّهْلِيلُ وَالتَّحْمِيدُ وَالتَّسْبِيحُ سَوَاءٌ كان جَاهِلًا بِالتَّسْمِيَةِ الْمَعْهُودَةِ أو عَالِمًا بها لِمَا قُلْنَا وَهَذَا ظَاهِرٌ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي اللَّهُ عنهما في تَكْبِيرَةِ الِافْتِتَاحِ أَنَّهُ يَصِيرُ شَارِعًا في الصَّلَاةِ بِلَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ أو الْحَمْدِ لِلَّهِ أو سُبْحَانَ اللَّهِ فَهَهُنَا أَوْلَى

وَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يَصِيرُ شَارِعًا بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ وَتَصِحُّ بها عِنْدَهُ فَيَحْتَاجُ هو إلَى الْفَرْقِ

وَالْفَرْقُ له أَنَّ الشَّرْعَ ما وَرَدَ هُنَاكَ إلَّا بِلَفْظِ التَّكْبِيرِ وَهَهُنَا وَرَدَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَسَوَاءٌ كانت التَّسْمِيَةُ بِالْعَرَبِيَّةِ أو بِالْفَارِسِيَّةِ أو أَيِّ لِسَانٍ كان وهو لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ أو يُحْسِنُهَا كَذَا روي بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لو أَنَّ رَجُلًا سَمَّى على الذَّبِيحَةِ بِالرُّومِيَّةِ أو بِالْفَارِسِيَّةِ وهو يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ أو لَا يُحْسِنُهَا أَجْزَأَهُ ذلك عن التَّسْمِيَةِ لِأَنَّ الشَّرْطَ في الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ ذِكْرُ

اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى مُطْلَقًا عن الْعَرَبِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ وَهَذَا ظَاهِرٌ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في اعْتِبَارِهِ الْمَعْنَى دُونَ اللَّفْظِ في تَكْبِيرَةِ الِافْتِتَاحِ فَيَسْتَوِي في الذَّبْحِ التَّكْبِيرَةُ الْعَرَبِيَّةُ وَالْعَجَمِيَّةُ من طَرِيقِ الْأَوْلَى فَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَهُمَا يَحْتَاجَانِ إلَى الْفَرْقِ بين التَّكْبِيرِ وَالتَّسْمِيَةِ حَيْثُ قَالَا في التَّسْمِيَةِ أنها جَائِزَةٌ بِالْعَجَمِيَّةِ سَوَاءٌ كان يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ أو لَا يُحْسِنُ وفي التَّكْبِيرِ لَا يَجُوزُ بِالْعَجَمِيَّةِ إلَّا إذَا كان لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ هَهُنَا ذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَأَنَّهُ يُوجَدُ بِكُلِّ لِسَانٍ وَالشَّرْطُ هُنَاكَ لَفْظَةُ التَّكْبِيرِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا تُقْبَلُ صَلَاةُ امرىء حتى يَضَعَ الطَّهُورَ مَوَاضِعَهُ وَيَسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةَ وَيَقُولَ اللَّهُ أَكْبَرُ

نَفَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْقَبُولَ بِدُونِ لَفْظِ التَّكْبِيرِ وَلَا يُوجَدُ ذلك بِغَيْرِ لَفْظِ الْعَرَبِيَّةِ

وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ التَّسْمِيَةُ من الذَّابِحِ حتى لو سَمَّى غَيْرُهُ وَالذَّابِحُ سَاكِتٌ وهو ذَاكِرٌ غَيْرُ نَاسٍ لَا يَحِلُّ لِأَنَّ الْمُرَادَ من قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه } أَيْ لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه من الذَّابِحِ فَكَانَتْ مَشْرُوطَةً فيه

وَمِنْهَا أَنْ يُرِيدَ بها التَّسْمِيَةَ على الذَّبِيحَةِ فإن من أَرَادَ بها التَّسْمِيَةَ لِافْتِتَاحِ الْعَمَلِ لَا يَحِلُّ لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَمَرَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عليه في الْآيَاتِ الْكَرِيمَةِ وَلَا يَكُونُ ذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ عليه إلَّا وَأَنْ يُرَادَ بها التَّسْمِيَةُ على الذَّبِيحَةِ

وَعَلَى هذا إذَا قال الْحَمْدُ لِلَّهِ ولم يُرِدْ بِهِ الْحَمْدَ على سَبِيلِ الشُّكْرِ لَا يَحِلُّ وَكَذَا لو سَبَّحَ أو هَلَّلَ أو كَبَّرَ ولم يُرِدْ بِهِ التَّسْمِيَةَ على الذَّبِيحَةِ وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ وَصْفَهُ بِالْوَحْدَانِيَّةِ وَالتَّنَزُّهِ عن صِفَاتِ الْحُدُوثِ لَا غَيْرُ لَا يَحِلُّ لِمَا قُلْنَا

وَمِنْهَا تَجْرِيدُ اسْمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عن اسْمِ غَيْرِهِ وَإِنْ كان اسْمَ النبي حتى لو قال بِسْمِ اللَّهِ وَاسْمِ الرَّسُولِ لَا يَحِلُّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وما أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ }

وَقَوْلِ النبي مَوْطِنَانِ لَا أُذْكَرُ فِيهِمَا عِنْدَ الْعُطَاسِ وَعِنْدَ الذَّبْحِ وَقَوْلِ عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ عِنْدَ الذَّبْحِ وَلِأَنَّ الْمُشْرِكِينَ يَذْكُرُونَ مع اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى غَيْرَهُ فَتَجِبُ مُخَالَفَتُهُمْ بِالتَّجْرِيدِ وَلَوْ قال بِسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٌ رسول اللَّهِ فَإِنْ قال وَمُحَمَّدٍ بِالْجَرِّ لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ أَشْرَكَ في اسْمِ اللَّهِ عز شَأْنُهُ اسْمَ غَيْرِهِ وَإِنْ قال مُحَمَّدٌ بِالرَّفْعِ يَحِلُّ لِأَنَّهُ لم يَعْطِفْهُ بَلْ اسْتَأْنَفَ فلم يُوجَدْ الْإِشْرَاكُ إلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِوُجُودِ الْوَصْلِ من حَيْثُ الصُّورَةُ فَيُتَصَوَّرُ بِصُورَةِ الْحَرَامِ فَيُكْرَهُ

وَإِنْ قال وَمُحَمَّدًا بِالنَّصْبِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ يَحِلُّ لِأَنَّهُ ما عَطَفَ بَلْ اسْتَأْنَفَ إلَّا أَنَّهُ أَخْطَأَ في الْإِعْرَابِ وقال بَعْضُهُمْ لَا يَحِلُّ لِأَنَّ انْتِصَابَهُ بِنَزْعِ الْحَرْفِ الْخَافِضِ كَأَنَّهُ قال وَمُحَمَّدٍ فَيَتَحَقَّقُ الْإِشْرَاكُ فَلَا يَحِلُّ هذا إذَا ذَكَرَ الْوَاوَ فَإِنْ لم يذكر بِأَنْ قال بِسْمِ اللَّهِ مُحَمَّدٌ رسول اللَّهِ فإنه يَحِلُّ كَيْفَمَا كان لِعَدَمِ الشركة (((شركه)))

وَمِنْهَا أَنْ يَقْصِدَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى تَعْظِيمَهُ على الْخُلُوصِ وَلَا يَشُوبُهُ مَعْنَى الدُّعَاءِ حتى لو قال اللَّهُمَّ اغْفِرْ لي لم يَكُنْ ذلك تَسْمِيَةً لِأَنَّهُ دُعَاءٌ وَالدُّعَاءُ لَا يُقْصَدُ بِهِ التَّعْظِيمُ الْمَحْضُ فَلَا يَكُونُ تَسْمِيَةً كما لَا يَكُونُ تَكْبِيرًا وفي قَوْلِهِ اللَّهُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ كما في التَّكْبِيرِ

أَمَّا وَقْتُ التَّسْمِيَةِ فَوَقْتُهَا في الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ وَقْتُ الذَّبْحِ لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عليه إلَّا بِزَمَانٍ قَلِيلٍ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا

لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عليه }

وَالذَّبْحُ مُضْمَرٌ فيه مَعْنَاهُ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لم يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ تَعَالَى عليه من الذَّبَائِحِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى على الذَّبِيحَةِ إلَّا وَقْتَ الذَّبْحِ وَكَذَا قِيلَ في تَأْوِيلِ الْآيَتَيْنِ الْأُخْرَيَيْنِ أَنَّ الذَّبْحَ مُضْمَرٌ فِيهِمَا أَيْ فَكُلُوا مِمَّا ذُبِحَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ عليه وما لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُبِحَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عليه فَكَانَ وَقْتُ التَّسْمِيَةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ وَقْتَ الذَّبْحِ

وَأَمَّا الذَّكَاةُ الِاضْطِرَارِيَّةُ فَوَقْتُهَا وَقْتُ الرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ لَا وَقْتُ الْإِصَابَةِ لِقَوْلِ النبي لِعَدِيِّ بن حَاتِمٍ رضي اللَّهُ عنه حين سَأَلَهُ عن صَيْدِ الْمِعْرَاضِ وَالْكَلْبِ إذَا رَمَيْتَ بِالْمِعْرَاضِ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عليه فَكُلْ وَإِنْ أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عليه فَكُلْ

وَقَوْلُهُ عليه أَيْ على الْمِعْرَاضِ وَالْكَلْبِ وَلَا تَقَعُ التَّسْمِيَةُ على السَّهْمِ وَالْكَلْبِ إلَّا عِنْدَ الرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ فَكَانَ وَقْتُ التَّسْمِيَةِ فيها هو وَقْتُ الرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ وَالْمَعْنَى هَكَذَا يَقْتَضِي وهو أَنَّ التَّسْمِيَةَ شَرْطٌ وَالشَّرَائِطُ يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا حَالَ وُجُودِ الرُّكْنِ لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِهَا يَصِيرُ الرُّكْنُ عِلَّةً كما في سَائِرِ الْأَرْكَانِ مع شَرَائِطِهَا هو الْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ وَالرُّكْنُ في الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ هو الذَّبْحُ وفي الِاضْطِرَارِيَّةِ هو الْجَرْحُ وَذَلِكَ مُضَافٌ إلَى الرَّامِي وَالْمُرْسِلِ وَإِنَّمَا السَّهْمُ وَالْكَلْبُ آلَةُ الْجَرْحِ وَالْفِعْلُ يُضَافُ إلَى مُسْتَعْمِلِ الْآلَةِ لِذَلِكَ اُعْتُبِرَ وُجُودُ التَّسْمِيَةِ وَقْتَ الذَّبْحِ وَالْجَرْحِ وهو وَقْتُ الرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ وَلَا يُعْتَبَرُ وَقْتُ الْإِصَابَةِ في الذَّكَاةِ الِاضْطِرَارِيَّةِ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ لَيْسَتْ من صُنْعِ الْعَبْدِ لَا مُبَاشَرَةً وَلَا سَبَبًا بَلْ مَحْضُ صُنْعِ اللَّهِ عز وجل يَعْنِي بِهِ مَصْنُوعَهُ هو مَذْهَبُ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الْمَعْرُوفَةُ بِالْمُتَوَلِّدَاتِ وَهَذَا لِأَنَّ فِعْلَ الْعَبْدِ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مَقْدُورَ الْعَبْدِ وَمَقْدُورُ الْعَبْدِ ما يَقُومُ بِمَحَلِّ قُدْرَتِهِ وهو نَفْسُهُ وَذَلِكَ هو الرَّمْيُ السَّابِقُ وَالْإِرْسَالُ السَّابِقُ فَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُمَا على أَنَّ الْإِصَابَةَ قد تَكُونُ وقد لَا تَكُونُ فَلَا يُمْكِنُ إيقَاعُ التَّسْمِيَةِ عليها

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما روي بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ قال لو أَنَّ رَجُلًا اضجع شَاةً لِيَذْبَحَهَا وَسَمَّى ثُمَّ بَدَا له فَأَرْسَلَهَا وَأَضْجَعَ أُخْرَى فَذَبَحَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لم يُجْزِهِ ذلك وَلَا تُؤْكَلُ لِعَدَمِ التَّسْمِيَةِ على الذَّبِيحَةِ عِنْدَ الذَّبْحِ وَلَوْ رَمَى صَيْدًا فَسَمَّى فَأَخْطَأَ وَأَصَابَ آخَرَ فَقَتَلَهُ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ

وَكَذَلِكَ إذَا أَرْسَلَ كَلْبًا على صَيْدٍ فَأَخْطَأَ فَأَخَذَ غير الذي أَرْسَلَهُ عليه فَقَتَلَهُ لِوُجُودِ التَّسْمِيَةِ على السَّهْمِ وَالْكَلْبِ عِنْدَ الرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ

وَذُكِرَ في الْأَصْلِ أَرَأَيْتَ الذَّابِحَ يَذْبَحُ الشَّاتَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ فيسمى على الْأُولَى وَيَدَعُ التَّسْمِيَةَ على غَيْرِ ذلك عَمْدًا قال يَأْكُلُ الشَّاةَ التي سَمَّى عليها وَلَا يَأْكُلُ ما سِوَى ذلك لِمَا بَيَّنَّا

وَلَوْ أَضْجَعَ شَاةً لِيَذْبَحَهَا وَسَمَّى عليها ثُمَّ أَلْقَى السِّكِّينَ وَأَخَذَ سِكِّينًا آخَرَ فَذَبَحَ بِهِ يُؤْكَلُ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ في الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ تَقَعُ على الْمَذْبُوحِ لَا على الْآلَةِ وَالْمَذْبُوحُ وَاحِدٌ فَلَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الْآلَةِ بِخِلَافِ ما إذَا سَمَّى على سَهْمٍ ثُمَّ رَمَى بِغَيْرِهِ أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ في الذَّكَاةِ الِاضْطِرَارِيَّةِ تَقَعُ على السَّهْمِ لَا

على المرمى إلَيْهِ
وقد اخْتَلَفَ السَّهْمُ فَالتَّسْمِيَةُ على أَحَدِهِمَا لَا تَكُونُ تَسْمِيَةً على الْآخَرِ وَلَوْ أَضْجَعَ شَاةً لِيَذْبَحَهَا وَسَمَّى عليها فَكَلَّمَهُ إنْسَانٌ فَأَجَابَهُ أو اسْتَسْقَى مَاءً فَشَرِبَ أو أَخَذَ السكن (((السكين))) فَإِنْ كان قَلِيلًا ولم يَكْثُرْ ذلك منه ثُمَّ ذَبَحَ على تِلْكَ التَّسْمِيَةِ تُؤْكَلُ وَإِنْ تَحَدَّثَ وَأَطَالَ الحديث أو أَخَذَ في عَمَلٍ آخَرَ أو حَدَّ شَفْرَتَهُ أو كانت الشَّاةُ قَائِمَةً فَصَرَعَهَا ثُمَّ ذَبَحَ لَا تُؤْكَلُ لِأَنَّ زَمَانَ ما بين التَّسْمِيَةِ وَالذَّبْحِ إذَا كان يَسِيرًا لَا يُعْتَدُّ بِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه فَيُلْحَقُ بِالْعَدَمِ وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ سَمَّى مع الذَّبْحِ وإذا كان طَوِيلًا يَقَعُ فَاصِلًا بين التَّسْمِيَةِ وَالذَّبْحِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ سَمَّى في يَوْمٍ وَذَبَحَ في يَوْمٍ آخَرَ فلم تُوجَدْ التَّسْمِيَةُ عِنْدَ الذَّبْحِ مُتَّصِلَةً بِهِ وَلَوْ سَمَّى ثُمَّ انْقَلَبَتْ الشَّاةُ وَقَامَتْ من مَضْجَعِهَا ثُمَّ أَعَادَهَا إلَى مَضْجَعِهَا فَقَدْ انْقَطَعَتْ التَّسْمِيَةُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا رَمَى صَيْدًا ولم يُسَمِّ مُتَعَمِّدًا ثُمَّ سَمَّى بَعْدَ ذلك أو أَرْسَلَ كَلْبًا وَتَرَكَ التَّسْمِيَةَ مُتَعَمِّدًا فلما مَضَى الْكَلْبُ في تَبَعِ الصَّيْدِ سَمَّى أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لم تُوجَدْ وَقْتَ الرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ وَكَذَا لو مَضَى الْكَلْبُ إلَى الصَّيْدِ فَزَجَرَهُ وَسَمَّى وَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ أنه لَا يُؤْكَلُ أَيْضًا وَفَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا تبع (((اتبع))) الْكَلْبُ الصَّيْدَ بِنَفْسِهِ من غَيْرِ أَنْ يُرْسِلَهُ أَحَدٌ ثُمَّ زَجَرَهُ مُسْلِمٌ أَنَّهُ إنْ انْزَجَرَ بِزَجْرِهِ فَأَخَذَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ يُؤْكَلُ وَإِنْ لم يَنْزَجِرْ لَا يُؤْكَلُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ نَذْكُرُهُ بَعْدَ هذا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ رَمَى أو أَرْسَلَ وهو مُسْلِمٌ ثُمَّ ارْتَدَّ أو كان حَلَالًا فَأَحْرَمَ قبل الْإِصَابَةِ وَأَخَذَ الصَّيْدَ يَحِلُّ وَلَوْ كان مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ وَسَمَّى لَا يَحِلُّ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ وَقْتُ الرَّمْيِ

وَالْإِرْسَالِ كما بَيَّنَّا فتراعي الْأَهْلِيَّةُ عِنْدَ ذلك
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَنْبَنِي شَرْطُ تَعْيِينِ الْمَحَلِّ بِالتَّسْمِيَةِ في الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ وهو بَيَانُ الْقِسْمِ الثَّانِي من الشَّرَائِطِ التي تَخُصُّ أَحَدَ النَّوْعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ وَهِيَ أَنْوَاعٌ يَرْجِعُ بَعْضُهَا إلَى الْمُذَكِّي وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى مَحَلِّ الذَّكَاةِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى آلَةِ الذَّكَاةِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُذَكِّي فَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَلَالًا وَهَذَا في الذَّكَاةِ الِاضْطِرَارِيَّةِ دُونَ الِاخْتِيَارِيَّةِ حتى أَنَّ الْمُحْرِمَ إذَا قَتَلَ صَيْدَ الْبَرِّ وَسَمَّى لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عن قَتْلِ الصَّيْدِ لِحَقِّ الْإِحْرَامِ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ } أَيْ وَأَنْتُمْ مُحْرِمُونَ وَقَوْلِهِ جَلَّ شَأْنُهُ { أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إلَّا ما يُتْلَى عَلَيْكُمْ غير مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ } مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ وَالصَّيْدُ إلَّا ما يُتْلَى عَلَيْكُمْ من الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ إلَى آخِرِهِ { غير مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ } لِأَنَّهُ اسْتَثْنَى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الصَّيْدَ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { غير مُحِلِّي الصَّيْدِ } وَإِنَّمَا يستثني الشَّيْءُ من الْجُمْلَةِ الْمَذْكُورَةِ فَجُعِلَ مَذْكُورًا بِطَرِيقِ الْإِضْمَارِ وَالِاسْتِثْنَاءُ من الْإِبَاحَةِ تَحْرِيمٌ فَكَانَ اصْطِيَادُ الْمُحْرِمِ مُحَرَّمًا فَكَانَ صَيْدُهُ مَيْتَةً كَصَيْدِ الْمَجُوسِيِّ سَوَاءُ اصْطَادَ بِنَفْسِهِ أو أصطيد لَهُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ ما صِيدَ له بِأَمْرِهِ فَهُوَ صَيْدُهُ مَعْنًى وَتَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْمُسْتَأْنَسِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ خُصَّ بِالصَّيْدِ

فَبَقِيَ غَيْرُهُ على عُمُومِ الْإِبَاحَةِ وَيَحِلُّ له صَيْدُ الْبَحْرِ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ } وقد مَرَّ ذلك
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى مَحَلِّ الذَّكَاةِ فَمِنْهَا تَعْيِينُ الْمَحَلِّ بِالتَّسْمِيَةِ في الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ وَلَا يُشْتَرَطُ ذلك في الذَّكَاةِ الِاضْطِرَارِيَّةِ وَهِيَ الرَّمْيُ وَالْإِرْسَالُ إلَى الصَّيْدِ لِأَنَّ الشَّرْطَ في الذَّكَاةِ الِاخْتِيَارِيَّةِ ذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى على الذَّبِيحِ لِمَا تَلَوْنَا من الْآيَاتِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِتَعْيِينِ الذَّبِيحِ بِالتَّسْمِيَةِ وَلِأَنَّ ذِكْرَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمَّا كان وَاجِبًا فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مَقْدُورًا وَالتَّعْيِينُ في الصَّيْدِ ليس بِمَقْدُورٍ لِأَنَّ الصَّائِدَ قد يَرْمِي وَيُرْسِلُ على قَطِيعٍ من الصَّيْدِ وقد يَرْمِي وَيُرْسِلُ على حِسِّ الصَّيْدِ فَلَا يَكُونُ التَّعْيِينُ وَاجِبًا وَالْمُسْتَأْمَنُ مَقْدُورٌ فَيَكُونُ وَاجِبًا وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ذَبَحَ شَاةً وَسَمَّى ثُمَّ ذَبَحَ شَاةً أُخْرَى يَظُنُّ أَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى تُجْزِي عنهما لم تُؤْكَلْ وَلَا بُدَّ من أَنْ يُجَدِّدَ لِكُلِّ ذَبِيحَةٍ تَسْمِيَةً على حِدَةٍ وَلَوْ رَمَى سَهْمًا فَقَتَلَ بِهِ من الصَّيْدِ اثْنَيْنِ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ
وَكَذَلِكَ لو أَرْسَلَ كَلْبًا أو بَازِيًا وسمي فَقَتَلَ من الصَّيْدِ اثْنَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ تَجِبُ عِنْدَ الْفِعْلِ وهو الذَّبْحُ فإذا تَجَدَّدَ الْفِعْلُ تُجَدَّدُ التَّسْمِيَةُ فَأَمَّا الرَّمْيُ وَالْإِرْسَالُ فَهُوَ فِعْلٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كان يَتَعَدَّى إلَى مَفْعُولَيْنِ فَتُجْزِي فيه تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ وَوِزَانُ الصَّيْدِ من الْمُسْتَأْنَسِ ما لو أَضْجَعَ شَاتَيْنِ وَأَمَرَّ السِّكِّينَ عَلَيْهِمَا مَعًا أَنَّهُ تجزىء في ذلك تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ كما في الصَّيْدِ
فَإِنْ قِيلَ هَلَّا جَعَلَ ظَنَّهُ أَنَّ التَّسْمِيَةَ على الشَّاةِ الْأُولَى تجزىء عن الثَّانِيَةِ عُذْرًا كَنِسْيَانِ التَّسْمِيَةِ
فَالْجَوَابُ أَنَّ هذا ليس من بَابِ النِّسْيَانِ بَلْ من الْجَهْلِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ وَالْجَهْلُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ ليس بِعُذْرٍ وَالنِّسْيَانُ عُذْرٌ
أَلَا تَرَى أَنَّ من ظَنَّ أَنَّ الْأَكْلَ لَا يُفْطِرُ الصَّائِمَ فَأَكَلَ بَطَلَ صَوْمُهُ وَلَوْ أَكَلَ نَاسِيًا لَا يَبْطُلُ فَإِنْ نَظَرَ إلَى جَمَاعَةٍ من الصَّيْدِ فَرَمَى بِسَهْمٍ وَسَمَّى وَتَعَمَّدَهَا ولم يَتَعَمَّدْ وَاحِدًا بِعَيْنِهِ فَأَصَابَ منها صَيْدًا فَقَتَلَهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ وَكَذَلِكَ الْكَلْبُ وَالْبَازِي
وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا نَظَرَ إلَى غَنَمِهِ فقال بِسْمِ اللَّهِ ثُمَّ أَخَذَ وَاحِدَةً فَأَضْجَعَهَا وَذَبَحَهَا وَتَرَكَ التَّسْمِيَةَ عَامِدًا وَظَنَّ أَنَّ تِلْكَ التَّسْمِيَةَ تُجْزِيهِ لَا توكل لِأَنَّهُ لم يُسَمِّ عِنْدَ الذَّبْحِ وَالشَّرْطُ هو التَّسْمِيَةُ على الذَّبِيحَةِ وَذَلِكَ بِالتَّسْمِيَةِ عِنْدَ الذَّبْحِ نَفْسِهِ لَا عِنْدَ النَّظَرِ وَتَعْيِينُ الذَّبِيحَةِ مَقْدُورٌ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ شَرْطًا وَتَعْيِينُ الصَّيْدِ بِالرَّمْيِ وَالْإِرْسَالِ مُتَعَذِّرٌ لِمَا بَيَّنَّا فلم يُمْكِنْ أَنْ يُجْعَلَ شَرْطًا
وَلَوْ رَمَى صَيْدًا بِعَيْنِهِ أو أَرْسَلَ الْكَلْبَ أو الْبَازِيَ على صَيْدٍ بِعَيْنِهِ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ غَيْرَهُ يوكل وَكَذَا لو رَمَى ظَبْيًا فَأَصَابَ طَيْرًا أو أَرْسَلَ على ظَبْيٍ فَأَخَذَ طَيْرًا لِأَنَّ التَّعْيِينَ في الصَّيْدِ ليس بِشَرْطٍ
وَمِنْهَا قِيَامُ أَصْلِ الْحَيَاةِ في الْمُسْتَأْمَنِ وَقْتَ الذَّبْحِ قَلَّتْ أو كَثُرَتْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يكتفي بِقِيَامِ أَصْلِ الْحَيَاةِ بَلْ تُعْتَبَرُ حَيَاةً مَقْدُورَةً كَالشَّاةِ الْمَرِيضَةِ وَالْوَقِيذَةِ وَالنَّطِيحَةِ وَجَرِيحَةِ السَّبُعِ إذَا لم يَبْقَ فيها إلَّا حَيَاةٌ قَلِيلَةٌ عُرِفَ ذلك بِالصِّيَاحِ أو بِتَحْرِيكِ الذَّنَبِ أو طَرْفِ الْعَيْنِ أو التَّنَفُّسِ
وَأَمَّا خُرُوجُ الدَّمِ فَلَا يَدُلُّ على الْحَيَاةِ إلَّا إذَا كان يَخْرُجُ كما يَخْرُجُ من الْحَيِّ الْمُطْلَقِ فإذا ذَبَحَهَا وَفِيهَا قَلِيلُ حَيَاةٍ على الْوَجْهِ الذي ذَكَرْنَا توكل عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعَنْ أبي يُوسُفَ رِوَايَتَانِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عنه أَنَّهُ أن كان

يَعْلَمُ أنها لَا تَعِيشُ مع ذلك فَذَبَحَهَا لَا تُؤْكَلُ وَإِنْ كان يَعْلَمُ أنها تَعِيشُ مع ذلك فَذَبَحَهَا تُؤْكَلُ وفي رِوَايَةٍ قال إنْ كان لها من الْحَيَاةِ مِقْدَارُ ما تَعِيشُ بِهِ أَكْثَرَ من نِصْفِ يَوْمٍ فَذَبَحَهَا تُؤْكَلُ وَإِلَّا فَلَا

وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان لم يَبْقَ من حَيَاتِهَا إلَّا قَدْرُ حَيَاةِ الْمَذْبُوحِ بَعْدَ الذَّبْحِ أو أَقَلَّ فَذَبَحَهَا لَا تُؤْكَلُ وَإِنْ كان أَكْثَرَ من ذلك تُؤْكَلُ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مُفَسَّرًا فقال إن على قَوْلِ مُحَمَّدٍ إنْ لم يَبْقَ مَعَهَا إلَّا الِاضْطِرَابَ لِلْمَوْتِ فَذَبَحَهَا فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ وَإِنْ كانت تَعِيشُ مُدَّةً كَالْيَوْمِ أو كَنِصْفِهِ حَلَّتْ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أنه إذَا لم يَكُنْ لها حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ على الْوَجْهِ الذي ذَكَرْنَا كانت مَيْتَةً مَعْنًى فَلَا تَلْحَقُهَا الذَّكَاةُ كَالْمَيْتَةِ حَقِيقَةً

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه قَوْله تَعَالَى { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ } إلَى قَوْله تَعَالَى { وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وما أَكَلَ السَّبُعُ إلَّا ما ذَكَّيْتُمْ } اسْتَثْنَى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى المذكي من الْجُمْلَةِ الْمُحَرَّمَةِ وَالِاسْتِثْنَاءُ من التَّحْرِيمِ إبَاحَةٌ وَهَذِهِ مُذَكَّاةٌ لِوُجُودِ فرى الْأَوْدَاجِ مع قِيَامِ الْحَيَاةِ فَدَخَلَتْ تَحْتَ النَّصِّ

وَأَمَّا الصَّيْدُ إذَا جَرَحَهُ السَّهْمُ أو الْكَلْبُ فَأَدْرَكَهُ صَاحِبُهُ حَيًّا فَإِنْ ذَكَّاهُ يُؤْكَلُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا كَيْفَ ما كان سَوَاءٌ كانت فيه حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ أو لم تَكُنْ وَخَرَجَ الْجُرْحُ من أَنْ يَكُونَ ذَكَاةً في حَقِّهِ وَصَارَ ذَكَاتُهُ الذَّبْحَ في الْحَيَاةِ الْمُسْتَقِرَّةِ ذَكَاةً مُطْلَقَةً فَيَدْخُلُ تَحْتَ النَّصِّ وَإِنْ لم يَكُنْ فيه حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَاتُهُ الذَّبْحُ وقد وُجِدَ لِوُجُودِ أَصْلِ الْحَيَاةِ فَصَارَ مذكي

وَعَلَى أَصْلِهِمَا لَا حَاجَةَ إلَى الذَّبْحِ لِأَنَّهُ صَارَ مذكي بِالْجُرْحِ فَالذَّبْحُ بَعْدَ ذلك لَا يَضُرُّ إنْ كان لَا يَنْفَعُ وَإِنْ لم يُذَكِّهِ وهو قَادِرٌ على ذَبْحِهِ فَتَرَكَهُ حتى مَاتَ فَإِنْ كانت فيه حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ ذَكَاتَهُ تَحَوَّلَتْ من الْجُرْحِ إلَى الذَّبْحِ فإذا لم يُذْبَحْ كان مَيْتَةً وَإِنْ كانت حَيَاتُهُ غير مُسْتَقِرَّةٍ يُؤْكَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَإِنْ قَلَّتْ من غَيْرِ ذَكَاةٍ بِخِلَافِ الْمُسْتَأْنَسِ عِنْدَهُ

وَالْفَرْقُ له أَنَّ الرَّمْيَ وَالْإِرْسَالَ إذَا اتَّصَلَ بِهِ الْجُرْحُ كان ذَكَاةً في الصَّيْدِ فَلَا تُعْتَبَرُ هذه الْحَيَاةُ بَعْدَ وُجُودِ الذَّكَاةِ ولم تَتَقَوَّمْ ذَكَاةٌ في المستأمن (((المستأنس))) فَلَا بُدَّ من اعْتِبَارِ هذا الْقَدْرِ من الْحَيَاةِ لِتَحَقُّقِ الذَّكَاةِ

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَكَذَلِكَ لَكِنْ على اخْتِلَافِ تَفْسِيرِهِمَا لِلْحَيَاةِ الْمُسْتَقِرَّةِ وَغَيْرِ الْمُسْتَقِرَّةِ على ما ذَكَرْنَا في الْمُسْتَأْمَنِ هَكَذَا ذَكَرَ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَذَكَرَ الْجَصَّاصُ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الصَّيْدِ مِثْلَ قَوْلِهِ في الْمُسْتَأْنَسِ على أَنَّ قَوْلَهُ يَجِبُ الذَّبْحُ في جَمِيعِ الْأَحْوَالِ لَا يَحِلُّ بِدُونِهِ سَوَاءٌ كانت الْحَيَاةُ مُسْتَقِرَّةً أو غير مُسْتَقِرَّةٍ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْفَرْقِ له على قَوْلِ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ

وَإِنْ مَاتَ قبل أَنْ يَقْدِرَ على ذَبْحِهِ لِضِيقِ الْوَقْتِ أو لِعَدَمِ آلَةِ الذَّكَاةِ ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ مُحَمَّدِ بن شُجَاعٍ الْبَلْخِيِّ وَمُحَمَّدِ بن مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُؤْكَلُ اسْتِحْسَانًا أَشَارَ إلَى أَنَّ الْقَوْلَ بِالْحُرْمَةِ قِيَاسٌ وَمِنْ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ من جَعَلَ جَوَابَ الِاسْتِحْسَانِ مَذْهَبَنَا أَيْضًا وَتَرَكُوا الْقِيَاسَ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَتْ يَدُهُ عليه فَقَدْ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ صيد (((صيدا

)) الزوال (((لزوال))) مَعْنَى الصَّيْدِ وهو التَّوَحُّشُ وَالِامْتِنَاعُ فَيَزُولُ الْحُكْمُ الْمُخْتَصُّ بِالصَّيْدِ وهو اعْتِبَارُ الْجُرْحِ ذَكَاةً وَصَارَ كَالشَّاةِ إذَا مَرِضَتْ وَمَاتَتْ في وَقْتٍ لَا يَتَّسِعُ لِذَبْحِهَا أنها لَا تُؤْكَلُ كَذَا هذا
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الذَّبْحَ هو الْأَصْلُ في الذَّكَاةِ وَإِنَّمَا يُقَامُ الْجُرْحُ مَقَامَهُ خَلَفًا عنه وقد وُجِدَ شَرْطُ بِخِلَافِهِ وهو الْعَجْزُ عن الْأَصْلِ فَيُقَامُ الْخَلَفُ مَقَامَهُ كما في سَائِرِ الْأَخْلَافِ مع أُصُولِهَا
وقال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لو جَرَحَهُ السَّهْمُ أو الْكَلْبُ فَأَدْرَكَهُ لَكِنْ لم يَأْخُذْهُ حتى مَاتَ فَإِنْ كان في وَقْتٍ لو أَخَذَهُ يُمْكِنُهُ ذَبْحُهُ فلم يَأْخُذْهُ حتى مَاتَ لم يُؤْكَلْ لِأَنَّ الذَّبْحَ صَارَ مَقْدُورًا عليه فَخَرَجَ الْجُرْحُ من أَنْ يَكُونَ ذَكَاةً وَإِنْ كان لَا يُمْكِنُهُ ذَبْحُهُ أُكِلَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَأْخُذْهُ وَلَا يَتَمَكَّنُ من ذَبْحِهِ لو أَخَذَهُ بَقِيَ ذَكَاتُهُ الْجُرْحُ السَّابِقُ وَدَلَّتْ هذه الْمَسْأَلَةُ على أَنَّ جَوَابَ الِاسْتِحْسَانِ في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا جميعا لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بين الْمَسْأَلَتَيْنِ سِوَى أَنَّ هُنَاكَ أَخَذَ وَهَهُنَا لم يَأْخُذْ وما يَصْنَعُ بِالْأَخْذِ إذَا لم يَقْدِرْ على ذَكَاتِهِ
وَجَوَابُ الْقِيَاسِ عن هذا أَنَّ حَقِيقَةَ الْقُدْرَةِ وَالتَّمَكُّنِ لَا عِبْرَةَ بها لِأَنَّ الناس مُخْتَلِفُونَ في ذلك فإن منهم من يَتَمَكَّنُ من الذَّبْحِ في زَمَانٍ قَلِيلٍ لِهِدَايَتِهِ في ذلك وَمِنْهُمْ من لَا يَتَمَكَّنُ إلَّا في زَمَانٍ طَوِيلٍ لِقِلَّةِ هِدَايَتِهِ فيه فَلَا يُمْكِنُ بِنَاءُ الْحُكْمِ على حَقِيقَةِ الْقُدْرَةِ وَالتَّمَكُّنِ فَيُقَامُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ وهو ثُبُوتُ الْيَدِ مَقَامَهَا كما في السَّفَرِ مع الْمَشَقَّةِ وَغَيْرِ ذلك
وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ رَحِمَهُ اللَّهُ عن أبي يُوسُفَ لو أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ شَاةً نِصْفَيْنِ ثُمَّ أن رَجُلًا فَرَى أَوْدَاجَهَا وَالرَّأْسُ يَتَحَرَّكُ أو شَقَّ بَطْنَهَا فَأَخْرَجَ ما في جَوْفِهَا وَفَرَى رَجُلٌ آخَرُ الْأَوْدَاجَ فإن هذا لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ الْأَوَّلَ

قَاتِلٌ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا على وَجْهَيْنِ إنْ كانت الضَّرْبَةُ مِمَّا يَلِي الْعَجُزَ لم تُؤْكَلْ الشَّاةُ وَإِنْ كانت مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ أُكِلَتْ لِأَنَّ الْعُرُوقَ الْمَشْرُوطَةَ في الذَّبْحِ مُتَّصِلَةٌ من الْقَلْبِ إلَى الدِّمَاغِ فإذا كانت الضَّرْبَةُ مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ فَقَدْ قَطَعَهَا فَحَلَّتْ وَإِنْ كانت مِمَّا يَلِي الْعَجُزَ فلم يَقْطَعْهَا فلم تَحِلَّ
وَأَمَّا خُرُوجُ الدَّمِ بَعْدَ الذَّبْحِ فِيمَا لَا يَحِلُّ إلَّا بِالذَّبْحِ فَهَلْ هو من شَرَائِطِ الْحِلِّ فَلَا رِوَايَةَ فيه وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَكَذَا التَّحَرُّكُ بَعْدَ الذَّبْحِ هل هو شَرْطُ ثُبُوتِ الْحِلِّ فَلَا رِوَايَةَ فيه أَيْضًا عن أَصْحَابِنَا
وَذُكِرَ في بَعْضِ الْفَتَاوَى أَنَّهُ لَا بُدَّ من أَحَدِ شَيْئَيْنِ إمَّا التَّحَرُّكُ وَإِمَّا خُرُوجُ الدَّمِ فَإِنْ لم يُوجَدْ لَا يَحِلُّ كَأَنَّهُ جَعَلَ وُجُودَ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الذَّبْحِ عَلَامَةَ الْحَيَاةِ وَقْتَ الذَّبْحِ فإذا لم يُوجَدْ لم تُعْلَمْ حَيَاتُهُ وَقْتَ الذَّبْحِ فَلَا يَحِلُّ وقال بَعْضُهُمْ أن عُلِمَ حَيَّاتُهُ وَقْتَ الذَّبْحِ بِغَيْرِ التَّحَرُّكِ يَحِلُّ وَإِنْ لم يَتَحَرَّكْ بَعْدَ الذَّبْحِ وَلَا خَرَجَ منه الدَّمُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا ما يَخُصُّ الذَّكَاةَ الإضطرارية وهو أَنْ لَا يَكُونَ صَيْدَ الْحَرَمِ فَإِنْ كان لَا يوكل وَيَكُونُ مَيْتَةً سَوَاءٌ كان الْمُذَكِّي مُحْرِمًا أو حَلَالًا لِأَنَّ التَّعَرُّضَ لِصَيْدِ الْحَرَمِ بِالْقَتْلِ وَالدَّلَالَةِ وَالْإِشَارَةِ مُحَرَّمٌ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى قال اللَّهُ تَعَالَى { أو لم

يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا وَيُتَخَطَّفُ الناس من حَوْلِهِمْ }
وقال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في صِفَةِ الْحَرَمِ وَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهُ وَالْفِعْلُ في الْمُحَرَّمِ شَرْعًا لَا يَكُونُ ذَكَاةً وَسَوَاءٌ كان مَوْلِدُهُ الْحَرَمَ أو دخل من الْحِلِّ إلَيْهِ لِأَنَّهُ يُضَافُ إلَى الْحَرَمِ في الْحَالَيْنِ فَيَكُونُ صَيْدَ الْحَرَمِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى آلَةِ الذَّكَاةِ فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ ما يُصْطَادُ بِهِ من الْجَوَارِحِ من الْحَيَوَانَاتِ من ذِي النَّابِ من الباع (((السباع))) وَذِي الْمِخْلَبِ من الطَّيْرِ مُعَلَّمًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وما عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ } مَعْطُوفًا على قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لهم قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ } أَيْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَأُحِلَّ لَكُمْ ما عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ أَيْ الِاصْطِيَادُ بِمَا عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ كَأَنَّهُمْ سَأَلُوا النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَمَّا يَحِلُّ لهم الِاصْطِيَادُ بِهِ من الْجَوَارِحِ أَيْضًا مع ما ذَكَرَ في بَعْضِ الْقِصَّةِ أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ أَتَاهُ نَاسٌ فَقَالُوا مَاذَا يَحِلُّ لنا من هذه الْأُمَّةِ التي أَمَرْتَ بِقَتْلِهَا فَنَزَلَ قَوْله تَعَالَى { يَسْأَلُونَكَ } الْآيَةَ فَفِي الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ اعْتِبَارُ الشَّرْطَيْنِ وَهُمَا الْجُرْحُ وَالتَّعْلِيمُ حَيْثُ قال عز شَأْنُهُ { وما عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ } لِأَنَّ الْجَوَارِحَ هِيَ التي تَجْرَحُ مَأْخُوذٌ من الْجُرْحِ
وَقِيلَ الْجَوَارِحُ الْكَوَاسِبُ قال اللَّهُ عز شَأْنُهُ { وَيَعْلَمُ ما جَرَحْتُمْ بِالنَّهَارِ } أَيْ كَسَبْتُمْ وَالْحَمْلُ على الْأَوَّلِ أَوْلَى لِأَنَّهُ حَمْلٌ على الْمَعْنَيَيْنِ لِأَنَّهَا بِالْجِرَاحَةِ تَكْسِبُ وقَوْله تَعَالَى { مُكَلِّبِينَ } قريء (((قرئ))) بِالْخَفْضِ وَالنَّصْبِ وَقِيلَ بِالْخَفْضِ صَاحِبُ الْكَلْبِ يُقَالُ كَلَّابٌ وَمُكَلِّبٌ وَبِالنَّصْبِ الْكَلْبُ الْمُعَلَّمُ وَقِيلَ الْمُكَلَّبِيْنَ بِالْخَفْضِ الْكِلَابُ التي يُكَالِبْنَ الصَّيْدَ أَيْ يَأْخُذْنَهُ عن شِدَّةٍ فَالْكَلْبُ هو الأخذ عن شِدَّةٍ وَمِنْهُ الْكَلُّوبُ لِلْآلَةِ التي يُؤْخَذُ بها الْحَدِيدُ
وَقَوْلُهُ جَلَّتْ عَظَمَتُهُ { تُعَلِّمُونَهُنَّ } أَيْ تُعَلِّمُونَهُنَّ لِيُمْسِكْنَ الصَّيْدَ لَكُمْ وَلَا يَأْكُلْنَ منه وَهَذَا حَدُّ التَّعْلِيمِ في الْكَلْبِ عِنْدَنَا على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَدَلَّتْ الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ على أَنَّ كَوْنَ الْكَلْبِ مُعَلَّمًا شَرْطٌ لِإِبَاحَةِ أَكْلِ صَيْدِهِ فَلَا يُبَاحُ أَكْلُ صَيْدِ غَيْرِ الْمُعَلَّمِ
وإذا ثَبَتَ هذا الشَّرْطُ في الْكَلْبِ بِالنَّصِّ ثَبَتَ في كل ما هو في مَعْنَاهُ من كل ذِي نَابٍ من السِّبَاعِ كَالْفَهْدِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّعَلُّمَ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لِأَنَّ فِعْلَ الْكَلْبِ إنَّمَا يُضَافُ إلَى الْمُرْسِلِ بِالتَّعْلِيمِ إذْ الْمُعَلَّمُ هو الذي يَعْمَلُ لِصَاحِبِهِ فَيَأْخُذُ لِصَاحِبِهِ وَيُمْسِكُ على صَاحِبِهِ فَكَانَ فِعْلُهُ مُضَافًا إلَى صَاحِبِهِ فَأَمَّا غَيْرُ الْمُعَلَّمِ فَإِنَّمَا يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ لَا لِصَاحِبِهِ فَكَانَ فِعْلُهُ مُضَافًا إلَيْهِ لَا إلَى الْمُرْسِلِ لِذَلِكَ شُرِطَ كَوْنُهُ مُعَلَّمًا ثُمَّ لَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ حَدِّ التَّعْلِيمِ في الْجَوَارِحِ من ذِي النَّابِ كَالْكَلْبِ وَنَحْوِهِ وَذِي الْمِخْلَبِ كَالْبَازِي وَنَحْوِهِ
أَمَّا تَعْلِيمُ الْكَلْبِ فَهُوَ أَنَّهُ إذَا أُرْسِلَ اتَّبَعَ الصَّيْدَ وإذا أَخَذَهُ أَمْسَكَهُ على صَاحِبِهِ وَلَا يَأْكُلُ منه شيئا وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعْلِيمُهُ أَنْ يَتْبَعَ الصَّيْدَ إذَا أُرْسِلَ وَيُجِيبَ إذَا دعى وهو أَحَدُ قول (((قولي))) الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ حتى لو أَخَذَ صَيْدًا فَأَكَلَ منه لَا يُؤْكَلُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يُؤْكَلُ وَجْهُ قَوْلِهِ أن كَوْنَهُ مُعَلَّمًا إنَّمَا شُرِطَ لِلِاصْطِيَادِ فَيُعْتَبَرُ حَالَةَ الِاصْطِيَادِ وَهِيَ حَالَةُ الِاتِّبَاعِ فَأَمَّا الْإِمْسَاكُ على صَاحِبِهِ وَتَرْكُ الْأَكْلِ يَكُونُ بَعْدَ الْفَرَاغِ عن الِاصْطِيَادِ فَلَا يُعْتَبَرُ في الْحَدِّ
وَلَنَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْمَعْقُولُ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ عز وجل { تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمْ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ } في الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ حَدَّ تَعْلِيمِ الْكَلْبِ وما هو في مَعْنَاهُ ما قُلْنَا وهو الْإِمْسَاكُ على صَاحِبِهِ وَتَرْكُ الْأَكْلِ منه لِأَنَّهُ شَرَطَ التَّعْلِيمِ ثُمَّ أَبَاحَ أَكْلَ ما أَمْسَكَ عَلَيْنَا فَكَانَ هذا إشَارَةً إلَى أَنَّ

التَّعْلِيمَ هو أَنْ يُمْسِكَ عَلَيْنَا الصَّيْدَ وَلَا يَأْكُلَ منه
يُقَرِّرُهُ إن اللَّهَ تَعَالَى إنَّمَا أَبَاحَ أَكْلَ صَيْدِ الْمُعَلَّمِ من الْجَوَارِحِ الْمُمْسِكِ على صَاحِبِهِ وَلَوْ لم يَكُنْ تَرْكُ الْأَكْلِ من حَدِّ التَّعْلِيمِ وكان ما أَكَلَ منه حَلَالًا لَاسْتَوَى فيه الْمُعَلَّمُ وَغَيْرُ الْمُعَلَّمِ وَالْمُمْسِكُ على صَاحِبِهِ وَعَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّ كُلَّ كَلْبٍ يَطْلُبُ الصَّيْدَ وَيُمْسِكُهُ لِنَفْسِهِ حتى يَمُوتَ أَنْ أَرْسَلْتَ عليه وَأَغْرَيْتَهُ إلَّا الْمُعَلَّمَ
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن عَدِيِّ بن حَاتِمٍ الطَّائِيِّ أَنَّهُ قال قُلْت يا رَسُولَ اللَّهِ إنَّا قَوْمٌ نَتَصَيَّدُ بِهَذِهِ الْكِلَابِ وَالْبُزَاةِ فما يَحِلُّ لنا منها فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَحِلُّ لَكُمْ ما عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِا (((مما))) عَلَّمَكُمْ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ مِمَّا عَلَّمْتُمُوهُنَّ من كَلْبٍ أو بَازٍ وَذَكَرْتُمْ اسْمَ اللَّهِ عليه قُلْت فَإِنْ قَتَلَ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا قَتَلَهُ ولم يَأْكُلْ منه فَكُلْ فَإِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ وَإِنْ أَكَلَ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّمَا أَمْسَكَ على نَفْسِهِ فَقُلْت يا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْت إنْ خَالَطَ كِلَابَنَا كِلَابٌ أُخْرَى
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنْ خَالَطَتْ كِلَابَكَ كِلَابٌ أُخْرَى فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّكَ إنَّمَا ذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى على كَلْبِكَ ولم تَذْكُرْهُ كَلْبِ غَيْرِكَ
وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال إذَا أَكَلَ الْكَلْبُ من الصَّيْدِ فَلَيْسَ بِمُعَلَّمٍ وَعَنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ قال إذَا أَكَلَ الْكَلْبُ فَلَا تَأْكُلْ وإذا أَكَلَ الصَّقْرُ فَكُلْ لِأَنَّ الْكَلْبَ يستطيع (((تستطيع))) أَنْ تَضْرِبَهُ وَالصَّقْرَ لَا وَعَنْ ابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال إذَا أَكَلَ الْكَلْبُ من الصَّيْدِ فَلَا تَأْكُلْ وَاضْرِبْهُ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَخْذَ الصَّيْدِ وَقَتْلَهُ مُضَافٌ إلَى الْمُرْسِلِ وَإِنَّمَا الْكَلْبُ آلَةُ الْأَخْذِ وَالْقَتْلِ وَإِنَّمَا يَكُونُ مُضَافًا إلَيْهِ إذَا أَمْسَكَ لِصَاحِبِهِ لَا لِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْعَامِلَ لِنَفْسِهِ يَكُونُ عَمَلُهُ مُضَافًا إلَيْهِ لَا إلَى غَيْرِهِ وَالْإِمْسَاكُ على صَاحِبِهِ أَنْ يَتْرُكَ الْأَكْلَ منه وهو حَدُّ التَّعْلِيمِ
وَالثَّانِي أَنَّ تَعْلِيمَ الْكَلْبِ وَنَحْوِهِ هو تَبْدِيلُ طَبْعِهِ وَفِطَامِهِ عن الْعَادَةِ الْمَأْلُوفَةِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِإِمْسَاكِ الصَّيْدِ لِصَاحِبِهِ وَتَرْكِ الْأَكْلِ منه لِأَنَّ الْكَلْبَ وَنَحْوَهُ من السِّبَاعِ من طِبَاعِهِمْ أَنَّهُمْ إذَا أَخَذُوا الصَّيْدَ فَإِنَّمَا يَأْخُذُونَهُ لِأَنْفُسِهِمْ وَلَا يَصْبِرُونَ على أَنْ لَا يَتَنَاوَلُوا منه فإذا أَخَذَ وَاحِدٌ منهم الصَّيْدَ ولم يَتَنَاوَلْ منه دَلَّ أَنَّهُ تَرَكَ عَادَتَهُ حَيْثُ أَمْسَكَ لِصَاحِبِهِ ولم يَأْكُلْ منه فإذا أَكَلَ منه دَلَّ أَنَّهُ على عَادَتِهِ سَوَاءٌ اتَّبَعَ الصَّيْدَ إذَا أغرى وَاسْتَجَابَ إذَا دعي أو لَا لِأَنَّهُ أَلُوفٌ في الْأَصْلِ يُجِيبُ إذَا دعي وَيَتَّبِعُ إذَا أغرى فَلَا يَصْلُحُ ذلك دَلِيلًا على تَعَلُّمِهِ فَثَبَتَ أَنَّ مَعْنَى التَّعْلِيمِ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِمَا قُلْنَا وهو أَنْ يُمْسِكَ الصَّيْدَ على صَاحِبِهِ وَلَا يَأْكُلَ منه ثُمَّ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لَا تَوْقِيتَ في تَعْلِيمِهِ أَنَّهُ إذَا أَخَذَ صَيْدًا ولم يَأْكُلْ منه هل يَصِيرُ مُعَلَّمًا أَمْ يَحْتَاجُ فيه إلَى التَّكْرَارِ
وكان يقول إذَا كان مُعَلَّمًا فَكُلْ كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وَهَكَذَا رَوَى بِشْرُ بن الْوَلِيدِ رَحِمَهُ اللَّهُ عن أبي يُوسُفَ قال سَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما حَدُّ تَعْلِيمِ الْكَلْبِ قال أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْعِلْمِ بِذَلِكَ أَنَّهُ مُعَلَّمٌ
وَذَكَرَ الْحَسَنُ بن زِيَادٍ في الْمُجَرَّدِ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال لَا يَأْكُلُ ما يَصِيدُ أَوَّلًا وَلَا الثَّانِيَ وَلَوْ أَكَلَ الثَّالِثَ وما بَعْدَهُ وأبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَدَّرَاهُ بِالثَّلَاثِ فَقَالَا إذَا أَخَذَ صَيْدًا فلم يَأْكُلْ ثُمَّ صَادَ ثَانِيًا فلم يَأْكُلْ ثُمَّ صَادَ ثَالِثًا فلم يَأْكُلْ فَهَذَا مُعَلَّمٌ فَأَبُو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه على الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عنه إنَّمَا رَجَعَ في ذلك إلَى أَهْلِ الصِّنَاعَةِ ولم يُقَدِّرْ فيه تَقْدِيرًا لِأَنَّ

حَالَ الْكَلْبِ في الْإِمْسَاكِ وَتَرْكِ الْأَكْلِ يَخْتَلِفُ فَقَدْ يُمْسِكُ لِلتَّعْلِيمِ وقد يُمْسِكُ لِلشِّبَعِ فَفَوَّضَ ذلك إلَى أَهْلِ الْعِلْمِ بِذَلِكَ
وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى جَعَلَ أَصْلَ التَّكْرَارِ دَلَالَةَ التَّعَلُّمِ لِأَنَّ الشِّبَعَ لَا يَتَّفِقُ في كل مَرَّةٍ فَدَلَّ تَكْرَارُ التَّرْكِ علي التَّعْلِيمِ وأبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَدَّرَا التَّكْرَارَ بِثَلَاثِ مَرَّاتٍ لِمَا أَنَّ الثَّلَاثَ مَوْضُوعَةٌ لِإِبْدَاءِ الْأَعْذَارِ أَصْلُهُ قَضِيَّةُ سَيِّدِنَا مُوسَى عليه وَعَلَى نَبِيِّنَا أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ مع الْعَبْدِ الصَّالِحِ حَيْثُ قال له في الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ إنْ سَأَلْتُك على شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَاحِبْنِي قد بَلَغْتَ من لَدُنِّي عُذْرًا
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال من اتَّجَرَ في شَيْءٍ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فلم يَرْبَحْ فَلْيَنْتَقِلْ إلَى غَيْرِهِ ثُمَّ إذَا صَارَ مُعَلَّمًا في الظَّاهِرِ على اخْتِلَافِ الْأَقَاوِيلِ وَصَادَ بِهِ صَاحِبُهُ ثُمَّ أَكَلَ بَعْدَ ذلك فما صَادَ قبل ذلك لَا يُؤْكَلُ شَيْءٌ منه إنْ كان بَاقِيًا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وعن (((وعند))) أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يوكل كُلُّهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن أَكْلَ الْكَلْبِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِعَدَمِ التَّعَلُّمِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مع التَّعَلُّمِ لِفَرْطِ الْجُوعِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِلنِّسْيَانِ لِأَنَّ الْمُعَلَّمَ قد يَنْسَى فَلَا يَحْرُمُ ما تَقَدَّمَ من الصُّيُودِ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ عَلَامَةَ التَّعَلُّمِ لَمَّا كانت تَرْكَ الْأَكْلِ فإذا أَكَلَ بَعْدَ ذلك عُلِمَ أَنَّهُ لم يَكُنْ مُعَلَّمًا وإن إمْسَاكَهُ لم يَكُنْ لِصَيْرُورَتِهِ مُعَلَّمًا

بَلْ لِشِبَعِهِ في الْحَالِ إذْ غَيْرُ الْمُعَلَّمِ قد يُمْسِكُهُ بِشِبَعِهِ لِلْحَالِ إلَى وَقْتِ الْحَاجَةِ فَاسْتَدْلَلْنَا بِأَكْلِهِ بَعْدَ ذلك على أَنَّ إمْسَاكَهُ في الْوَقْتِ الذي قَبْلَهُ كان على غَيْرِ حَقِيقَةِ التَّعْلِيمِ أو يَحْتَمِلُ ذلك فَلَا تَحِلُّ مع الِاحْتِمَالِ احْتِيَاطًا
وَمِنْ الْمَشَايِخِ من حَمَلَ جَوَابَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ على ما إذَا كان زَمَانُ الْأَكْلِ قَرِيبًا من زَمَانِ التَّعْلِيمِ لِأَنَّهُ إذَا كان كَذَلِكَ فَالْأَكْلُ يَدُلُّ على عَدَمِ التَّعَلُّمِ وَأَنَّهُ إنَّمَا تَرَكَ الْأَكْلَ فِيمَا تَقَدَّمَ لِلشِّبَعِ لَا لِلتَّعْلِيمِ لِأَنَّ الْمُدَّةَ الْقَصِيرَةَ لَا تَتَحَمَّلُ النِّسْيَانَ في مِثْلِهَا فإذا طَالَتْ الْمُدَّةُ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ أنه يُؤْكَلُ ما بَقِيَ من الصُّيُودِ الْمُتَقَدِّمَةِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْأَكْلُ لِلنِّسْيَانِ لَا لِعَدَمِ التَّعَلُّمِ لِوُجُودِ مُدَّةٍ لَا يَنْدُرُ النِّسْيَانُ في مِثْلِهَا إلَّا أَنَّ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ عنه مُطْلَقٌ عن هذا التَّفْصِيلِ وَإِطْلَاقُ الرِّوَايَةِ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يوكل على كل حَالٍ وَالْوَجْهُ ما ذَكَرْنَا
وَأَمَّا قَوْلُهُمْ إن النِّسْيَانَ لَا يَنْدُرُ عِنْدَ طُولِ الْمُدَّةِ فَنَقُولُ من تَعَلَّمَ حِرْفَةً بِتَمَامِهَا وَكَمَالِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَنْسَاهَا بِالْكُلِّيَّةِ وَإِنْ طَالَتْ مُدَّةُ عَدَمِ الِاسْتِعْمَالِ لَكِنْ رُبَّمَا يَدْخُلُهَا خَلَلٌ كَصَنْعَةِ الْكِتَابَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَالرَّمْيِ إذَا تَرَكَهَا صَاحِبُهَا مُدَّةً طَوِيلَةً فلما أَكَلَ وَحِرْفَتُهُ تَرْكُ الْأَكْلِ دَلَّ أَنَّهُ لم يَكُنْ تَعَلَّمَ الْحِرْفَةَ من الْأَصْلِ وَأَنَّهُ إنَّمَا لم يَأْكُلْ قبل ذلك لَا لِلتَّعَلُّمِ بَلْ لِشِبَعِهِ في الْحَالِ فَلَا تَحِلُّ صُيُودُهُ الْمُتَقَدِّمَةُ
وَأَمَّا في الْمُسْتَقْبَلِ فَلَا يَحِلُّ صَيْدُهُ إلَّا بِتَعْلِيمٍ مُسْتَأْنَفٍ بِلَا خِلَافٍ فَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَلِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِالْأَكْلِ أَنَّهُ لم يَكُنْ مُعَلَّمًا وإن تَرْكَ الْأَكْلِ لم يَكُنْ لِلتَّعَلُّمِ بَلْ لِشِبَعِهِ لِلْحَالِ
وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لم يَتَعَلَّمْ كما قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ

اللَّهُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ نسي وَكَيْفَ ما كان لَا يَحِلُّ صَيْدُهُ في الْمُسْتَقْبَلِ إلَّا بِتَعْلِيمٍ مُبْتَدَأٍ وَتَعْلِيمِهِ في الثَّانِي بِمَا بِهِ تَعْلِيمُهُ في الْأَوَّلِ وقد ذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ فيه
وَلَوْ جَرَحَ الْكَلْبُ الصَّيْدَ وَوَلَغَ في دَمِهِ يوكل لِأَنَّهُ قد أَمْسَكَ الصَّيْدَ على صَاحِبِهِ لِكَانَ لَا يَأْكُلُهُ صَاحِبُهُ وَذَلِكَ من غَايَةِ تَعَلُّمِهِ حَيْثُ تَنَاوَلَ الْخَبِيثَ وَأَمْسَكَ الطَّيِّبَ على صَاحِبِهِ
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ في رَجُلٍ أَرْسَلَ كَلْبَهُ على صَيْدٍ وهو مُعَلَّمٌ فَأَخَذَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ وَأَكَلَ منه ثُمَّ اتَّبَعَ آخَرَ فَقَتَلَهُ ولم يَأْكُلْ منه قال لَا يُؤْكَلُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ لَمَّا أَكَلَ دَلَّ على عَدَمِ التَّعَلُّمِ أو على النِّسْيَانِ فَلَا يَحِلُّ صَيْدُهُ بَعْدَ ذلك فَإِنْ أَخَذَ الْكَلْبُ الْمُعَلَّمُ صَيْدًا فَأَخَذَهُ منه صَاحِبُهُ وَأَخَذَ صَاحِبُ الْكَلْبِ من الصَّيْدِ قِطْعَةً فَأَلْقَاهَا إلَى الْكَلْبِ فَأَكَلَهَا الْكَلْبُ فَهُوَ على تَعَلُّمِهِ لِأَنَّ تَرْكَ الْأَكْلِ إنَّمَا يُعْتَبَرُ حَالَ أَخْذِهِ الصَّيْدَ فَأَكْلُهُ بِإِطْعَامِ صَاحِبِهِ بَعْدَ الْأَخْذِ لَا يَقْدَحُ في التَّعَلُّمِ مع ما أَنَّ من عَادَةِ الصَّائِدِ بِالْكَلْبِ أَنَّهُ إذَا أَخَذَ الْكَلْبُ الصَّيْدَ أَنْ يُطْعِمَهُ من لَحْمِهِ تَرْغِيبًا له على الصَّيْدِ فَلَا يَكُونُ أَكْلُهُ بِإِطْعَامِهِ دَلِيلًا على عَدَمِ التَّعَلُّمِ
وَكَذَلِكَ لو كان صَاحِبُ الْكَلْبِ أَخَذَ الصَّيْدَ من الْكَلْبِ ثُمَّ وَثَبَ الْكَلْبُ على الصَّيْدِ فَأَخَذَ منه قِطْعَةً فَأَكَلَهَا وهو في يَدِ صَاحِبِهِ فإنه على تَعَلُّمِهِ لِأَنَّ الْأَكْلَ بَعْدَ ثُبُوتِ يَدِ الْآدَمِيِّ عليه بِمَنْزِلَةِ الْأَكْلِ من غَيْرِهِ فَلَا يَقْدَحُ في التَّعْلِيمِ
وَكَذَلِكَ قالوا لو سَرَقَ الْكَلْبُ من الصَّيْدِ بَعْدَ دَفْعِهِ إلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَفْعَلُ ذلك لِلْجُوعِ لِأَنَّ هذا الْأَكْلَ لم يَدْخُلْ في التَّعْلِيمِ وَإِنْ أَرْسَلَ الْكَلْبُ الْمُعَلَّمُ على صَيْدٍ فَتَبِعَهُ فَنَهَشَهُ فَقَطَعَ منه قِطْعَةً فَأَكَلَهَا ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ بَعْدَ ذلك فَقَتَلَهُ ولم يَأْكُلْ منه شيئا لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ الْأَكْلَ منه في حَالِ الِاصْطِيَادِ دَلِيلٌ على عَدَمِ التَّعَلُّمِ فَإِنْ نَهَشَهُ فَأَلْقَى منه بَضْعَةً وَالصَّيْدُ حَيٌّ ثُمَّ اتَّبَعَ الصَّيْدَ بَعْدَ ذلك فَأَخَذَهُ فَقَتَلَهُ ولم يَأْكُلْ منه شيئا يوكل لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على عَدَمِ التَّعْلِيمِ لِأَنَّهُ إنَّمَا قَطَعَ منه قِطعة لِيُثْخِنَهُ فَيُتَوَصَّلُ بِهِ إلَى أَخْذِهِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْجُرْحِ
وَإِنْ أَخَذَ صَاحِبُ الْكَلْبِ الصَّيْدَ من الْكَلْبِ بعدما قَطَعَهُ ثُمَّ رَجَعَ الْكَلْبُ بَعْدَ ذلك فَمَرَّ بِتِلْكَ الْقِطْعَةِ فَأَكَلَهَا يوكل صَيْدُهُ لِأَنَّهُ لو أَكَلَ من نَفْسِ الصَّيْدِ في هذه الْحَالَةِ لَا يَضُرُّ فإذا أَكَلَ مِمَّا بَانَ منه أَوْلَى وَإِنْ اتَّبَعَ الصَّيْدَ فَنَهَشَهُ فَأَخَذَ منه بِضْعَةً فَأَكَلَهَا وهو حَيٌّ فَانْفَلَتَ الصَّيْدُ منه ثُمَّ أَخَذَ الْكَلْبُ صَيْدًا آخَرَ في فَوْرِهِ فَقَتَلَهُ ولم يَأْكُلْ منه ذَكَرَ في الْأَصْلِ وقال أَكْرَهُ أَكْلَهُ لِأَنَّ الْأَكْلَ في حَالَةِ الِاصْطِيَادِ يَدُلُّ على عَدَمِ التَّعْلِيمِ فَلَا يوكل ما اصْطَادَهُ بَعْدَهُ وَاَللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا تَعْلِيمُ ذِي الْمِخْلَبِ كَالْبَازِي أو نَحْوِهِ فَهُوَ أَنْ يُجِيبَ صَاحِبَهُ إذَا دَعَاهُ وَلَا يُشْتَرَطُ فيه الْإِمْسَاكُ على صَاحِبِهِ حتى لو أَخَذَ الصَّيْدَ فَأَكَلَ منه فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ صَيْدِهِ بِخِلَافِ الْكَلْبِ وَنَحْوِهِ
وَالْفَرْقُ من وُجُوهٍ أَحَدُهَا أَنَّ التَّعَلُّمَ بِتَرْكِ الْعَادَةِ وَالطَّبْعِ وَالْبَازِي من عَادَتِهِ التَّوَحُّشُ من الناس وَالتَّنَفُّرُ منهم بِطَبْعِهِ فألفه بِالنَّاسِ وَإِجَابَتُهُ صَاحِبَهُ إذَا دَعَاهُ يَكْفِي دَلِيلًا على تَعَلُّمِهِ بِخِلَافِ الْكَلْبِ فإنه أَلُوفٌ بِطَبْعِهِ يَأْلَفُ بِالنَّاسِ وَلَا يَتَوَحَّشُ منهم فَلَا يَكْفِي هذا الْقَدْرُ دَلِيلَ التَّعَلُّمِ في حَقِّهِ فَلَا بُدَّ من زِيَادَةِ أَمْرٍ وهو تَرْكُ

الْأَكْلِ
وَالثَّانِي أَنَّ الْبَازِيَ إنَّمَا يُعَلَّمُ بِالْأَكْلِ فَلَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَخْرُجَ بِالْأَكْلِ عن جد (((حد))) التَّعْلِيمِ بِخِلَافِ الْكَلْبِ
وَالثَّالِثُ أَنَّ الْكَلْبَ يُمْكِنُ تَعْلِيمُهُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ بِالضَّرْبِ لِأَنَّ جُثَّتَهُ تَتَحَمَّلُ الضَّرْبَ وَالْبَازِي لَا لِأَنَّ جُثَّتَهُ لَا تَتَحَمَّلُ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَسَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا إذَا أَكَلَ الصَّقْرُ فَكُلْ وَإِنْ أَكَلَ الْكَلْبُ فَلَا تَأْكُلْ وَمِنْهَا الأرسال أو الزَّجْرُ عِنْدَ عَدَمِهِ على وَجْهٍ يَنْزَجِرُ بِالزَّجْرِ فِيمَا يَحْتَمِلُ ذلك وهو الْكَلْبُ وما في مَعْنَاهُ حتى لو تَرَسَّلَ بِنَفْسِهِ ولم يَزْجُرْهُ صَاحِبُهُ فِيمَا يَنْزَجِرُ بِالزَّجْرِ لَا يَحِلُّ صَيْدُهُ الذي قَتَلَهُ لِأَنَّ الْإِرْسَالَ في صَيْدِ الْجَوَارِحِ أَصْلٌ لِيَكُونَ الْقَتْلُ وَالْجُرْحُ مُضَافًا إلَى الْمُرْسِلِ إلَّا أَنَّ عِنْدَ عَدَمِهِ يُقَامُ الزَّجْرُ مُقَامَ الِانْزِجَارِ فِيمَا يَحْتَمِلُ قِيَامَ ذلك مَقَامَهُ فإذا لم يُوجَدْ فَلَا تَثْبُتُ الْإِضَافَةُ فَلَا يَحِلُّ
وَلَوْ أَرْسَلَ مُسْلِمٌ كَلْبَهُ وَسَمَّى فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ يُؤْكَلُ صَيْدُهُ وَلَوْ أَرْسَلَ مَجُوسِيٌّ كَلْبَهُ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ لَا يوكل صَيْدُهُ وَكَذَلِكَ لو أَرْسَلَ مُسْلِمٌ كَلْبَهُ وَتَرَكَ التَّسْمِيَةَ عَمْدًا فَاتَّبَعَ الصَّيْدَ ثُمَّ زَجَرَهُ فَانْزَجَرَ لَا يوكل صَيْدُهُ وَلَوْ لم يُرْسِلْهُ أَحَدٌ وَانْبَعَثَ بِنَفْسِهِ فَاتَّبَعَ الصَّيْدَ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ وَسَمَّى فَانْزَجَرَ يوكل صَيْدُهُ وَإِنْ لم يَنْزَجِرْ لَا يوكل وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِرْسَالَ هو الْأَصْلُ وَالزَّجْرُ كَالْخَلَفِ عنه وَالْخَلَفُ يُعْتَبَرُ حَالَ عَدَمِ الْأَصْلِ لَا حَالَ وُجُودِهِ فَفِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ وُجِدَ الْأَصْلُ فَلَا يُعْتَبَرُ الْخَلَفُ إلَّا أَنَّ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى الْمُرْسِلُ من أَهْلِ الْإِرْسَالِ فَيُؤْكَلُ صَيْدُهُ وفي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لَا فَلَا يُؤْكَلُ وفي الْمَسْأَلَةِ الرابعة (((الثالثة))) لم يُوجَدْ الْأَصْلُ فَيُعْتَبَرُ الْخَلَفُ فَيُؤْكَلُ صَيْدُهُ إنْ الزجر (((انزجر))) وَإِنْ لم يَنْزَجِرْ لَا يوكل لِأَنَّ الزَّجْرَ بِدُونِ الِانْزِجَارِ لَا يَصْلُحُ خَلَفًا عن الْإِرْسَالِ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ يُرْسَلُ بِنَفْسِهِ من غَيْرِ إرْسَالٍ وَلَا زَجْرٍ
وَلَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ وَسَمَّى وَزَجَرَهُ رَجُلٌ ولم يُسَمِّ على زَجْرِهِ فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ يوكل لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْإِرْسَالِ فَيُعْتَبَرُ وُجُودُ التَّسْمِيَةِ عند (((عنده))) وَأَصْلٌ آخَرُ لِتَخْرِيجِ هذه الْمَسَائِلِ ما ذَكَرَهُ بَعْضُ مَشَايِخِنَا أَنَّ الدَّلَالَةَ لَا تُعْتَبَرُ إذَا وُجِدَ الصَّرِيحُ وإذا لم يُوجَدْ تُعْتَبَرُ فَفِي المسال (((المسائل))) الثَّلَاثِ وُجِدَ من الْكَلْبِ صَرِيحُ الطَّاعَةِ بِالْإِرْسَالِ حَيْثُ عَدَا بِإِرْسَالِهِ وَانْزِجَارُهُ طَاعَةً لِلزَّاجِرِ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ في مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ وفي الْمَسْأَلَةِ الرَّابِعَةِ لم يُوجَدْ الصَّرِيحُ فَاعْتُبِرَتْ الدَّلَالَةُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ بَقِيَّةُ الْمَسَائِلِ وَمِنْهَا الْإِرْسَالُ وهو أَنْ يَكُونَ أَخْذُ الْكَلْبِ أو الْبَازِي الصَّيْدَ في حَالِ فَوْرِ الْإِرْسَالِ لَا في حَالِ انْقِطَاعِهِ حتى لو أَرْسَلَ الْكَلْبَ أو الْبَازِيَ على صَيْدٍ وَسَمَّى فَأَخَذَ صَيْدًا وَقَتَلَهُ ثُمَّ أَخَذَ آخَرَ على فَوْرِهِ ذلك وَقَتَلَهُ ثُمَّ وَثُمَّ يُؤْكَلُ ذلك كُلُّهُ لِأَنَّ الْإِرْسَالَ لم يَنْقَطِعْ فَكَانَ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ مع ما بَيَّنَّا أَنَّ التَّعْيِينَ ليس بِشَرْطٍ في الصَّيْدِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ فَكَانَ أَخْذُ الْكَلْبِ أو الْبَازِي الصَّيْدَ في فَوْرِ الْإِرْسَالِ كَوُقُوعِ السَّهْمِ بِصَيْدَيْنِ فَإِنْ أَخَذَ صَيْدًا وَجَثَمَ عليه طَوِيلًا ثُمَّ مَرَّ بِهِ آخَرُ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ لم يوكل إلَّا بِإِرْسَالٍ مُسْتَقْبَلٍ أو بِزَجْرِهِ وَتَسْمِيَةٍ على وَجْهٍ يَنْزَجِرُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الزَّجْرَ لِبُطْلَانِ الْفَوْرِ
وَكَذَلِكَ إنْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ أو بَازَهُ على صَيْدٍ فَعَدَلَ عن الصَّيْدِ يَمْنَةً أو يَسْرَةً وَتَشَاغَلَ بِغَيْرِ طَلَبِ الصَّيْدِ وَفَتَرَ عن سَنَنِهِ ذلك ثُمَّ تَبِعَ صَيْدًا آخَرَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ لَا يُؤْكَلُ إلَّا بِإِرْسَالٍ مُسْتَأْنَفٍ أو أَنْ يَزْجُرَهُ صَاحِبُهُ وَيُسَمِّيَ فَيَنْزَجِرَ فِيمَا يَحْتَمِلُ الزَّجْرَ لِأَنَّهُ لَمَّا تَشَاغَلَ بِغَيْرِ طَلَبِ الصَّيْدِ فَقَدْ انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ فإذا صَادَ صَيْدًا بَعْدَ ذلك فَقَدْ تَرَسَّلَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَحِلُّ صَيْدُهُ إلَّا أَنْ يَزْجُرَهُ صَاحِبُهُ فِيمَا

يَحْتَمِلُ الزَّجْرَ لِمَا بَيَّنَّا
وَإِنْ كان الذي أُرْسِلَ فَهْدًا وَالْفَهْدُ إذَا أُرْسِلَ كَمِنَ وَلَا يَتْبَعُ حتى يَسْتَمْكِنَ فَيَمْكُثُ سَاعَةً ثُمَّ يَأْخُذُ الصَّيْدَ فَيَقْتُلُهُ فإنه يُؤْكَلُ
وَكَذَلِكَ الْكَلْبُ إذَا أُرْسِلَ فَصَنَعَ كما يَصْنَعُ الْفَهْدُ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ ما صَادَ لِأَنَّ حُكْمَ الْإِرْسَالِ لم يَنْقَطِعْ بِالْكُمُونِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَكْمُنُ لِيَتَمَكَّنَ من الصَّيْدِ فَكَانَ ذلك من أَسْبَابِ الِاصْطِيَادِ وَوَسِيلَةً إلَيْهِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِهِ حُكْمُ الْإِرْسَالِ كَالْوُثُوبِ وَالْعَدْوِ
وَكَذَلِكَ الْبَازِي إذَا أُرْسِلَ فَسَقَطَ على شَيْءٍ ثُمَّ طَارَ فَأَخَذَ الصَّيْدَ فإنه يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَسْقُطُ على شَيْءٍ لِيَتَمَكَّنَ من الصَّيْدِ فَكَانَ سُقُوطُهُ بِمَنْزِلَةِ كُمُونِ الْفَهْدِ
وَكَذَلِكَ الرَّامِي إذَا رَمَى صَيْدًا بِسَهْمٍ فما أَصَابَهُ في سَنَنِهِ ذلك وَوَجْهِهِ أُكِلَ لِأَنَّهُ إذَا مَضَى في سَنَنِهِ فلم يَنْقَطِعْ حُكْمُ الرَّمْيِ فَكَانَ ذَهَابُهُ بِقُوَّةِ الرَّامِي فَكَانَ قَتْلُهُ مُضَافًا إلَيْهِ فَيَحِلُّ فَإِنْ أَصَابَ وَاحِدًا ثُمَّ نَفَذَ إلَى آخَرَ وَآخَرَ أُكِلَ الْكُلُّ لِمَا قُلْنَا مع ما أَنَّ تَعْيِينَ الصَّيْدِ ليس بِشَرْطٍ فَإِنْ أَمَالَتْ الرِّيحُ السَّهْمَ إلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى يَمِينًا أو شِمَالًا فَأَصَابَ صَيْدًا آخَرَ لم يوكل لِأَنَّ السَّهْمَ إذَا تَحَوَّلَ عن سَنَنِهِ فَقَدْ انْقَطَعَ حُكْمُ الرَّمْيِ فَصَارَتْ الأصابة بِغَيْرِ فِعْلِ الرَّامِي فَلَا يَحِلُّ كما لو كان على جَبَلٍ سَيْفٌ فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ على صَيْدٍ فَقَتَلَهُ أَنَّهُ

لَا يوكل كَذَا هذا
فَإِنْ لم تُرْدِهِ الرِّيحُ عن وَجْهِهِ ذلك أُكِلَ الصَّيْدُ لِأَنَّهُ إذَا مَضَى في وَجْهِهِ كان مُضِيُّهُ بِقُوَّةِ الرَّامِي وَإِنَّمَا الرِّيحُ إعانته وَمَعُونَةُ الرِّيحِ السَّهْمَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عنه فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَإِنْ أَصَابَتْ الرِّيحُ السَّهْمَ وَهِيَ رِيحٌ شَدِيدَةٌ فَدَفَعَتْهُ لَكِنَّهُ لم يَتَغَيَّرْ عن وَجْهِهِ فَأَصَابَ السَّهْمُ الصَّيْدَ فإنه يوكل لِأَنَّهُ مَضَى في وَجْهِهِ وَمَعُونَةُ الرِّيحِ إذَا لم تَعْدِلْ السَّهْمَ عن وَجْهِهِ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه فَلَا يُعْتَبَرُ وَلَو أَصَابَ السَّهْمُ حَائِطًا أو صَخْرَةً فَرَجَعَ فَأَصَابَ صَيْدًا فإنه لَا يوكل لِأَنَّ فِعْلَ الرَّامِي انْقَطَعَ وَصَارَتْ الْإِصَابَةُ في غَيْرِ جِهَةِ الرَّمْيِ فَإِنْ مَرَّ السَّهْمُ بين الشَّجَرِ فَجَعَلَ يُصِيبُ الشَّجَرَ في ذلك الْوَجْهِ لَكِنَّ السَّهْمَ على سَنَنِهِ فَأَصَابَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ فإنه يوكل فَإِنْ رَدَّهُ شَيْءٌ من الشَّجَرِ يَمْنَةً أو يَسْرَةً لَا يوكل لِمَا بَيَّنَّا فَإِنْ مَرَّ السَّهْمُ فحجشه (((فجحشه))) حَائِطٌ وهو على سَنَنِهِ ذلك فَأَصَابَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ أُكِلَ لِأَنَّ فِعْلَ الرَّامِي لم يَنْقَطِعْ وَإِنَّمَا أَصَابَ السَّهْمُ الصَّيْدَ وَالْحَائِطَ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْحِلَّ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حُكْمَ الْإِرْسَالِ لَا يَنْقَطِعُ بِالتَّغَيُّرِ عن سَنَنِهِ يَمِينًا وَشِمَالًا إلَّا إذَا رَجَعَ من وَرَائِهِ وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا رَمَى بِسَهْمٍ وَسَمَّى ثُمَّ رَمَى رَجُلٌ آخَرُ بِسَهْمٍ وَسَمَّى فَأَصَابَ السَّهْمُ الْأَوَّلُ السَّهْمَ الثَّانِيَ قبل أَنْ يُصِيبَ الصَّيْدَ فَرَدَّهُ عن وَجْهِهِ ذلك فَأَصَابَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ فإنه لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ لَمَّا رَدَّهُ السَّهْمُ الثَّانِي عن سَنَنِهِ انْقَطَعَ حُكْمُ الرَّمْيِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحِلُّ
قال الْقُدُورِيُّ وَهَذَا مَحْمُولٌ على أَنَّ الرَّامِيَ الثَّانِيَ لم يَقْصِدْ الِاصْطِيَادَ لِأَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ وهو لم يَقْصِدْ الِاصْطِيَادَ فَلَا يَحِلُّ فَأَمَّا إذَا كان الثَّانِي رَمَى لِلِاصْطِيَادِ فَيَحِلُّ أَكْلُ الصَّيْدِ وهو لِلثَّانِي لِأَنَّهُ مَاتَ بِفِعْلِهِ وَإِنْ لم يَقْصِدْهُ بِالرَّمْيِ وَتَعْيِينُ الْمَرْمِيِّ إلَيْهِ ليس بِشَرْطٍ

وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ رَمَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَيْدًا بِسَهْمٍ فَأَصَابَا الصَّيْدَ جميعا وَوَقَعَتْ الرَّمْيَتَانِ بِالصَّيْدِ مَعًا فَمَاتَ فإنه لَهُمَا وَيُؤْكَلُ أَمَّا حِلُّ الْأَكْلِ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا كَوْنُ الصَّيْدِ لَهُمَا فَلِأَنَّهُمَا اشْتَرَكَا في سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَتَسَاوَيَا فيه فَيَتَسَاوَيَانِ في الِاسْتِحْقَاقِ فَإِنْ أَصَابَهُ سَهْمُ الْأَوَّلِ فَوَقَذَهُ ثُمَّ أَصَابَهُ سَهْمُ الْآخَرِ فَقَتَلَهُ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُؤْكَلُ وَالصَّيْدُ لِلْأَوَّلِ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُؤْكَلُ وَهَذَا فَرْعُ اخْتِلَافِهِمْ في أَنَّ الْمُعْتَبَرَ في الرَّمْيِ حَالُ الرَّمْيِ أو حَالُ الْإِصَابَةِ فَعِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ الْمُعْتَبَرُ حَالُ الرَّمْيِ وَعِنْدَ زُفَرَ حَالُ الْإِصَابَةِ

وَوَجْهُ الْبِنَاءِ على هذا الْأَصْلِ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ لَمَّا كان حَالَ الرمى عِنْدَنَا فَقَدْ وُجِدَ الرَّمْيُ مِنْهُمَا وَالصَّيْدُ مُمْتَنِعٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالسَّهْمِ الثَّانِي حَظْرٌ إلَّا أَنَّ الْمِلْكَ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّ سَهْمَهُ أَخْرَجَهُ من حَيِّزِ الِامْتِنَاعِ فَصَارَ السَّهْمُ الثَّانِي كَأَنَّهُ وَقَعَ بصد

(((بصيد))) مَمْلُوكٍ فَلَا يُسْتَحَقُّ بِهِ شَيْءٌ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِحَالِ الرَّمْيِ في حَقِّ الْحِلِّ وَالْإِصَابَةِ في حَقِّ الْمِلْكِ لِأَنَّ الْحِلَّ يَتَعَلَّقُ بِالْفِعْلِ وَالْمِلْكَ يَتَعَلَّقُ بِالْمَحَلِّ وَلَمَّا كان الِاعْتِبَارُ بِحَالِ الْإِصَابَةِ عِنْدَهُ فَقَدْ أَصَابَهُ الثَّانِي وَالصَّيْدُ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ فَصَارَ كَمَنْ رمي إلَى شَاةٍ فَقَتَلَهَا

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ الِاعْتِبَارُ حَالُ الْإِصَابَةِ أَنَّ الْمِلْكَ يَقِفُ ثُبُوتُهُ على الْإِصَابَةِ فإنه لو لم يُصِبْ لَا يَمْلِكُ فَدَلَّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ هو وَقْتُ الْإِصَابَةِ

وَلَنَا أَنَّ حَالَ الرَّمْيِ هو الذي يَفْعَلُهُ وَالتَّسْمِيَةُ مُعْتَبَرَةٌ عِنْدَ فِعْلِهِ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِحَالِ الرَّمْيِ وَكَذَلِكَ أن رمى أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ قبل إصَابَةِ الْأَوَّلِ فَهُوَ كَرَمْيِهِمَا مَعًا في الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّ رَمْيَ الثَّانِي وُجِدَ وَالصَّيْدُ مُمْتَنِعٌ فَصَارَ كما لو رَمَيَا مَعًا فَإِنْ أَصَابَهُ سَهْمُ الْأَوَّلِ ولم يُخْرِجْهُ من الِامْتِنَاعِ فَأَصَابَهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي لِأَنَّ الْأَوَّلَ إذَا لم يُخْرِجْهُ عن حَدِّ الِامْتِنَاعِ فَفِعْلُ الِاصْطِيَادِ وُجِدَ من الثَّانِي وَلِلْأَوَّلِ تَسَبُّبٌ في الصَّيْدِ فَصَارَ كَمَنْ أَثَارَ صَيْدًا وَأَخَذَهُ غَيْرُهُ أَنَّ الصَّيْدَ يَكُونُ لِلْآخِذِ لَا لِلْمُثِيرِ كَذَا هذا

وَإِنْ كان سَهْمُ الْأَوَّلِ وَقَذَهُ وَأَخْرَجَهُ عن الِامْتِنَاعِ ثُمَّ أَصَابَهُ سَهْمُ الثَّانِي فَهَذَا على وُجُوهٍ إنْ مَاتَ من الْأَوَّلِ أُكِلَ وَعَلَى الثَّانِي ضَمَانُ ما نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ لِأَنَّ السَّهْمَ الْأَوَّلَ وَقَعَ بِهِ وهو صَيْدٌ فإذا قَتَلَهُ حَلَّ وقد مَلَكَهُ الْأَوَّلُ بِالْإِصَابَةِ فَالْجِرَاحَةُ الثَّانِيَةُ نَقْصٌ في مِلْكِ الْأَوَّلِ فَيَضْمَنُهَا الثَّانِي

وَإِنْ مَاتَ من الْجِرَاحَةِ الثَّانِيَةِ لم يُؤْكَلْ لِأَنَّ الثَّانِيَ رمي إلَيْهِ وهو غَيْرُ مُمْتَنِعٍ فَصَارَ كَالرَّمْيِ إلَى الشَّاةِ وَيَضْمَنُ الثَّانِي ما نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ لِأَنَّهُ نَقْصٌ دخل في مِلْكِ الْغَيْرِ بِفِعْلِهِ ثُمَّ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَجْرُوحًا بِجِرَاحَتَيْنِ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ بِفِعْلِهِ إلَّا أَنَّهُ غَرِمَ نُقْصَانَ الْجُرْحِ الثَّانِي فَلَا يَضْمَنُهُ ثَانِيًا وَالْجُرْحُ الْأَوَّلُ نَقْصٌ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمَالِكِ لِلصَّيْدِ فَلَا يَضْمَنُهُ الثَّانِي

وَإِنْ مَاتَ من الْجِرَاحَتَيْنِ لم يُؤْكَلْ لِأَنَّ أَحَدَ الرَّمْيَيْنِ حَاظِرٌ وَالْآخَرَ مُبِيحٌ فَالْحُكْمُ لِلْحَاظِرِ احْتِيَاطًا وَالصَّيْدُ لِلْأَوَّلِ لِانْفِرَادِهِ بِسَبَبِ مِلْكِهِ وهو الْجِرَاحَةُ الْمُخْرِجَةُ له من الِامْتِنَاعِ وَعَلَى الثَّانِي لِلْأَوَّلِ نِصْفُ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِالْجِرَاحَتَيْنِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ ما نَقَصَتْهُ الْجِرَاحَةُ الثَّانِيَةُ لِأَنَّهُ مَاتَ بفعلهما (((بفعلها))) فَسَقَطَ نِصْفُ

الضَّمَانِ وَثَبَتَ نِصْفُهُ وَالْجِرَاحَةُ الثَّانِيَةُ يَضْمَنُهَا الثَّانِي لِأَنَّهَا حَصَلَتْ في مِلْكِ غَيْرِهِ وَلِأَنَّهُ أَتْلَفَ على شَرِيكِهِ نَصِيبَهُ حين أَخْرَجَهُ من الْإِبَاحَةِ إلَى الْحَظْرِ فَيَلْزَمُهُ الضَّمَانُ وَإِنْ لم يَعْلَمْ بأ (((بأي))) الجراحتن (((الجراحتين))) مَاتَ فَهُوَ كما لو عَلِمَ أَنَّهُ مَاتَ مِنْهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ من الجراحتن (((الجراحتين))) سَبَبُ الْقَتْلِ في الظَّاهِرِ وَاَللَّهُ عز (((جل))) وجل (((وعز))) أَعْلَمُ

وَلَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا على صد (((صيد))) وَسَمَّى فَأَدْرَكَ الْكَلْبُ الصد (((الصيد))) فَضَرَبَهُ فَوَقَذَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ ثَانِيًا فَقَتَلَهُ أَكَلَ وَكَذَلِكَ لو أَرْسَلَ كَلْبَيْنِ على صَيْدٍ فَضَرَبَهُ أَحَدُهُمَا فَوَقَذَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ الْكَلْبُ الْآخَرُ فَقَتَلَهُ فإنه يُؤْكَلُ لِأَنَّ هذا لَا يَدْخُلُ في تَعْلِيمِ الْكَلْبِ إذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُعَلَّمَ بِتَرْكِ الْجُرْحِ بَعْدَ الْجُرْحِ الْأَوَّلِ فَلَا يُعْتَبَرُ فَكَأَنَّهُ قَتَلَهُ بِجُرْحٍ وَاحِدٍ

وَلَوْ أَرْسَلَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَلْبَهُ على صَيْدٍ فَضَرَبَهُ كَلْبُ أَحَدِهِمَا فَوَقَذَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ كَلْبُ الْآخَرِ فَقَتَلَهُ فإنه يُؤْكَلُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ جُرْحَ الْكَلْبِ بَعْدَ الْجُرْحِ مِمَّا لَا يُمْكِنُ التَّحَفُّظُ عنه فَلَا يُوجِبَ الْحَظْرَ فَيُؤْكَلُ وَيَكُونُ الصَّيْدُ لِصَاحِبِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ جِرَاحَةَ كَلْبِهِ أَخْرَجَتْهُ عن حَدِّ الِامْتِنَاعِ فَصَارَ مِلْكًا له فَجِرَاحَةُ كَلْبِ الثَّانِي لَا تُزِيلُ مِلْكَهُ عنه

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْإِرْسَالُ وَالرَّمْيُ على الصَّيْدِ وَإِلَيْهِ حتى لو أَرْسَلَ على غَيْرِ صَيْدٍ أو رَمَى إلَى غَيْرِ صَيْدٍ فَأَصَابَ صَيْدًا لَا يَحِلُّ لِأَنَّ الإرسل (((الإرسال))) إلَى غَيْرِ الصَّيْدِ وَالرَّمْيِ إلَى غَيْرِهِ لَا يَكُونُ اصْطِيَادًا فَلَا يَكُونُ قَتْلُ الصَّيْدِ وَجَرْحُهُ مُضَافًا إلَى الْمُرْسَلِ وَالرَّامِي فَلَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْإِبَاحَةُ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا سمع حِسًّا فَظَنَّهُ صَيْدًا فَأَرْسَلَ عليه كَلْبَهُ أو بَازَهُ أو رَمَاهُ بِسَهْمٍ فَأَصَابَ صَيْدًا أو بَانَ له أَنَّ الْحِسَّ الذي سَمِعَهُ لم يَكُنْ حِسَّ صَيْدٍ وَإِنَّمَا كان شَاةً أو بَقَرَةً أو آدَمِيًّا أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ الصَّيْدُ الذي أَصَابَهُ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَرْسَلَ على ما ليس بِصَيْدٍ ورمي إلَى ما ليس بِصَيْدٍ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحِلُّ لِمَا بَيَّنَّا من الْفِقْهِ وَصَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إلَى آدَمِيٍّ أو شَاةٍ أو بَقَرَةٍ وهو يَعْلَمُ بِهِ فَأَصَابَ صَيْدًا أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ كَذَا هذا

وَإِنْ كان الْحِسُّ حِسَّ صَيْدٍ فَأَصَابَ صَيْدًا يُؤْكَلُ سَوَاءٌ كان ذلك الْحِسُّ حِسَّ صَيْدٍ مَأْكُولٍ أو غَيْرِ مَأْكُولٍ بَعْدَ أَنْ كان الْمُصَابُ صَيْدًا مَأْكُولًا وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ

وقال زُفَرُ إنْ كان ذلك الْحِسُّ حِسَّ صَيْدٍ لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ كَالسِّبَاعِ وَنَحْوِهَا لَا يُؤْكَلُ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إنْ كان حِسَّ ضَبُعٍ يُؤْكَلُ الصَّيْدُ وَإِنْ كان حِسَّ خِنْزِيرٍ لَا يُؤْكَلُ الصَّيْدُ

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أن السَّبُعَ غَيْرُ مَأْكُولٍ فَالرَّمْيُ إلَيْهِ لَا يَثْبُتُ بِهِ حِلُّ الصَّيْدِ الْمَأْكُولِ كما لو كان حِسَّ آدَمِيٍّ فَرَمَى إلَيْهِ فَأَصَابَ صَيْدًا

وَلَنَا أَنَّ الْإِرْسَالَ إلَى الصَّيْدِ اصْطِيَادٌ مُبَاحٌ مَأْكُولًا كان الصَّيْدُ أو غير مَأْكُولٍ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ إبَاحَةُ الصَّيْدِ الْمَأْكُولِ لِأَنَّ حِلَّ الصَّيْدِ الْمَأْكُولِ يَتَعَلَّقُ بِالْإِرْسَالِ فإذا كان الْإِرْسَالُ حَلَالًا يَثْبُتُ حِلُّهُ إلَّا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِحِلِّ الْإِرْسَالِ حِلُّ حُكْمِ الْمُرْسَلِ إلَيْهِ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ ثَبَتَتْ لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى الْمَحَلِّ فَلَا تَتَبَدَّلُ بِالْفِعْلِ وَلِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ في الْإِرْسَالِ هو قَصْدُ الصَّيْدِ

فَأَمَّا التَّعْيِينُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وقد قَصَدَ الصَّيْدَ حَلَالًا كان أو حَرَامًا بِخِلَافِ ما إذَا كان الْحِسُّ حِسَّ آدَمِيٍّ لِأَنَّ الْإِرْسَالَ على الْآدَمِيِّ ليس بِاصْطِيَادٍ فَضْلًا عن أَنْ يَكُونَ حَلَالًا إذْ لَا يَتَعَلَّقُ حِلُّ الصَّيْدِ بِمَا ليس بِاصْطِيَادٍ وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي لم يُوجَدْ منه قَصْدُ الصَّيْدِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحِلُّ

وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في فَصْلِهِ بين سَائِرِ السِّبَاعِ وَبَيْنَ الْخِنْزِيرِ

أَنَّ الْخِنْزِيرَ مُحَرَّمُ الْعَيْنِ حتى لَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ بِوَجْهٍ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ الْإِرْسَالِ عليه وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَأَمَّا سَائِرُ السِّبَاعِ فَجَائِزُ الِانْتِفَاعِ بها في غَيْرِ جِهَةِ الْأَكْلِ فَكَانَ الْإِرْسَالُ إلَيْهَا مُعْتَبَرًا وَإِنْ سمع حِسًّا وَلَكِنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ حِسُّ صَيْدٍ أو غَيْرِهِ فَأَرْسَلَ فَأَصَابَ صَيْدًا لم يُؤْكَلْ لِأَنَّهُ إذَا لم يَعْلَمْ اسْتَوَى الْحَظْرُ وَالْإِبَاحَةُ فَكَانَ الْحُكْمُ لِلْحَظْرِ احْتِيَاطًا

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ فِيمَنْ رَمَى خِنْزِيرًا أَهْلِيًّا فَأَصَابَ صَيْدًا قال لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ الْخِنْزِيرَ الْأَهْلِيَّ ليس بِصَيْدٍ لِعَدَمِ التَّوَحُّشِ وَالِامْتِنَاعِ فَكَانَ الرَّمْيُ إلَيْهِ كَالرَّمْيِ إلَى الشَّاةِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِلُّ الصَّيْدِ وَإِنْ أَصَابَ صَيْدًا مَأْكُولًا وقد قالوا فِيمَنْ سمع حِسًّا فَظَنَّهُ آدَمِيًّا فَرَمَاهُ فَأَصَابَ الْحِسَّ نَفْسَهُ فإذا هو صَيْدٌ أُكِلَ لِأَنَّهُ رمي إلَى الْمَحْسُوسِ الْمُعَيَّنِ وهو الصَّيْدُ فَصَحَّ

وَنَظِيرُهُ ما إذَا قال لِامْرَأَتِهِ وَأَشَارَ إلَيْهَا هذه الْكَلْبَةُ طَالِقٌ أنها تَطْلُقُ وَبَطَلَ الِاسْمُ وَقَالُوا لو رَمَى طَائِرًا فَأَصَابَ صَيْدًا وَذَهَبَ المرمى إلَيْهِ ولم يَعْلَمْ أَوَحْشِيٌّ أو مُسْتَأْنَسٌ أُكِلَ الصَّيْدُ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الطَّيْرِ التَّوَحُّشُ فَيَجِبُ التَّمَسُّكُ بِالْأَصْلِ حتى يُعْلَمَ الِاسْتِئْنَاسُ

وَلَوْ عُلِمَ أَنَّ الْمَرْمِيَّ إلَيْهِ دَاجِنٌ تَأْوِي الْبُيُوتَ لَا يُؤْكَلُ الصَّيْدُ لِأَنَّ الدَّاجِنَ يَأْوِيهِ الْبَيْتُ وَتَثْبُتُ الْيَدُ عليه فَكَانَ الرَّمْيُ إلَيْهِ كَالرَّمْيِ إلَى الشَّاةِ وَذَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحِلُّ كَذَا هذا

وَقَالُوا لو رَمَى بَعِيرًا فَأَصَابَ صَيْدًا

(5/57)

وَذَهَبَ الْبَعِيرُ فلم يَعْلَمْ أَنَادٌّ أو غَيْرُ نَادٍّ لم يُؤْكَلْ الصَّيْدُ حتى يَعْلَمَ أَنَّ الْبَعِيرَ كان نَادًّا لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْإِبِلِ الِاسْتِئْنَاسُ فَيُتَمَسَّكُ بِالْأَصْلِ حتى يَظْهَرَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ

وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ رَمَى سَمَكَةً أو جَرَادَةً فَأَصَابَ صَيْدًا فقال في رِوَايَةٍ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ السَّمَكَ وَالْجَرَادَ لَا ذَكَاةَ لَهُمَا وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ يُؤْكَلُ لِأَنَّ الْمَرْمِيَّ إلَيْهِ من جُمْلَةِ الصَّيْدِ وَإِنْ كان لَا ذَكَاةَ له وَقَالُوا لو أَرْسَلَ كَلْبَهُ على ظَبْيٍ مُوثَقٍ فَأَصَابَ صَيْدًا لم يُؤْكَلْ لِأَنَّ الْمُوثَقَ ليس بِصَيْدٍ لِعَدَمِ مَعْنَى الصَّيْدِ فيه وهو الِامْتِنَاعُ فَأَشْبَهَ شَاةً وَلَوْ أَرْسَلَ بَازَهُ على ظَبْيٍ وهو لَا يَصِيدُ الظَّبْيَ فَأَصَابَ صَيْدًا لم يُؤْكَلْ لِأَنَّ هذا إرْسَالٌ لم يُقْصَدْ بِهِ الِاصْطِيَادُ فَصَارَ كَمَنْ أَرْسَلَ كَلْبًا على قَتْلِ رَجُلٍ فَأَصَابَ صَيْدًا

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ ذُو النَّابِ الذي يَصْطَادُ بِهِ من الْجَوَارِحِ مُحَرَّمَ الْعَيْنِ فَإِنْ كان مُحَرَّمَ الْعَيْنِ وهو الْخِنْزِيرُ فَلَا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ لِأَنَّ مُحَرَّمَ الْعَيْنِ مُحَرَّمُ الِانْتِفَاعِ بِهِ وَالِاصْطِيَادُ بِهِ انْتِفَاعٌ بِهِ فَكَانَ حَرَامًا فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحِلُّ

وَأَمَّا ما سِوَاهُ من ذِي النَّابِ من السباع فقد قال أصحابنا جميعا كُلُّ ذِي مِخْلَبٍ وَذِي نَابٍ عُلِّمَ فَتَعَلَّمَ ولم يَكُنْ مُحَرَّمَ الْعَيْنِ فَصِيدَ بِهِ كان صَيْدُهُ حَلَالًا لِعُمُومِ قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وما عَلَّمْتُمْ من الْجَوَارِحِ }

وَقَالُوا في الْأَسَدِ وَالذِّئْبِ أنه لَا يَجُوزُ الصَّيْدُ بِهِمَا لَا لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى ذَاتِهِمَا بَلْ لِعَدَمِ احْتِمَالِ التَّعَلُّمِ لِأَنَّ التَّعَلُّمَ بِتَرْكِ الْعَادَةِ وَذَلِكَ بِتَرْكِ الْأَكْلِ وَقِيلَ إنَّ من عَادَتِهِمَا أَنَّهُمَا إذَا أَخَذَا صَيْدًا لَا يَأْكُلَانِهِ في الْحَالِ فَلَا يُمْكِنُ الِاسْتِدْلَال بِتَرْكِ الْأَكْلِ فِيهِمَا على التَّعَلُّمِ حتى لو تُصُوِّرَ تَعْلِيمُهُمَا يَجُوزُ

وَذَكَرَ هِشَامُ وقال سَأَلْتُ مُحَمَّدًا عن الذِّئْبِ إذَا عُلِّمَ فَصَادَ فقال هذا أَرَى أَنَّهُ لَا يَكُونُ فَإِنْ كان فَلَا بَأْسَ بِهِ وقال سَأَلْتُهُ عن صَيْدِ ابْنِ عِرْسٍ فَأَخْبَرَنِي أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قال إذَا عُلِّمَ فَتَعَلَّمَ فَكُلْ مِمَّا صَادَ فصار (((فصاد)))
الْأَصْلُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ ما لَا يَكُونُ مُحَرَّمَ الْعَيْنِ من الْجَوَارِحِ إذَا عُلِّمَ فَتَعَلَّمَ يُؤْكَلُ صَيْدُهُ وَاَللَّهُ جَلَّ شَأْنُهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يُعَلَّمَ أَنَّ تَلَفَ الصَّيْدِ بِإِرْسَالٍ أو رَمْيٍ هو سَبَبُ الْحِلِّ من حَيْثُ الظَّاهِرِ فَإِنْ شَارَكَهُمَا مَعْنًى أو سَبَبٌ يَحْتَمِلُ حُصُولَ التَّلَفِ بِهِ وَالتَّلَفُ بِهِ مِمَّا لَا يُفِيدُ الْحِلَّ لَا يُؤْكَلُ إلَّا إذَا كان ذلك الْمَعْنَى مِمَّا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عنه لِأَنَّهُ إذَا احْتُمِلَ حُصُولُ التَّلَفِ بِمَا لَا يَثْبُتُ بِهِ الْحِلُّ فَقَدْ احْتُمِلَ الْحِلُّ وَالْحُرْمَةُ فَيُرَجَّحُ جَانِبُ الْحُرْمَةِ احْتِيَاطًا لِأَنَّهُ إنْ أَكَلَ عَسَى أَنَّهُ أَكَلَ الْحَرَامَ فَيَأْثَمُ وَإِنْ لم يَأْكُلْ فَلَا شَيْءَ عليه وَالتَّحَرُّزُ عن الضَّرَرِ وَاجِبٌ عَقْلًا وَشَرْعًا
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لِوَابِصَةَ بن مَعْبَدٍ رضي اللَّهُ عنه الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَدَعْ ما يَرِيبُكَ إلَى ما لَا يَرِيبُكَ وقال عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما ما اُجْتُمِعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ في شَيْءٍ إلَّا وقد غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَالَ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا رَمَى صَيْدًا وهو يَطِيرُ فَأَصَابَهُ فَسَقَطَ على جَبَلٍ ثُمَّ سَقَطَ منه على الْأَرْضِ فَمَاتَ أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ وهو تَفْسِيرُ الْمُتَرَدِّي لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ من الرَّمْيِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ بِسُقُوطِهِ عن الْجَبَلِ
وَكَذَلِكَ لو كان على جَبَلٍ فَأَصَابَهُ فَسَقَطَ منه شَيْءٌ على الْجَبَلِ ثُمَّ سَقَطَ على الْأَرْضِ فَمَاتَ أو كان على سَطْحٍ فَأَصَابَهُ فَهَوَى فَأَصَابَ حَائِطَ السَّطْحِ ثُمَّ سَقَطَ على الْأَرْضِ فَمَاتَ أو كان على نَخْلَةٍ أو شَجَرَةٍ فَسَقَطَ منها على جِذْعِ النَّخْلَةِ أو نَدَّ من الشَّجَرَةِ ثُمَّ سَقَطَ على الْأَرْضِ فَمَاتَ أو وَقَعَ على رُمْحٍ مَرْكُوزٍ في الْأَرْضِ وَفِيهِ سِنَانٌ فَوَقَعَ على السِّنَانِ ثُمَّ وَقَعَ على الْأَرْضِ فَمَاتَ أو نَشِبَ فيه السِّنَانُ فَمَاتَ عليه أو أَصَابَ سَهْمُهُ صَيْدًا فَوَقَعَ في الْمَاءِ فَمَاتَ فيه لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ بِالرَّمْيِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ الْمَوْجُودَةِ بَعْدَهُ
وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال وَإِنْ وَقَعَ في الْمَاءِ فَلَا تَأْكُلْهُ فَلَعَلَّ الْمَاءَ قَتَلَهُ بَيَّنَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْحُكْمَ وَعَلَّلَ بِمَا ذَكَرْنَا من احْتِمَالِ مَوْتِهِ بِسَبَبٍ آخَرَ وهو وُقُوعُهُ في الْمَاءِ وَالْحُكْمُ الْمُعَلَّلُ بِعِلَّةٍ يَتَعَمَّمُ بِعُمُومِ الْعِلَّةِ وَلَوْ أَصَابَهُ السَّهْمُ فَوَقَعَ على الْأَرْضِ فَمَاتَ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُؤْكَلَ لِجَوَازِ مَوْتِهِ بِسَبَبِ وُقُوعِهِ على الْأَرْضِ
وفي الِاسْتِحْسَانِ يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عن وُقُوعِ الْمَرْمِيِّ إلَيْهِ على الْأَرْضِ فَلَوْ اُعْتُبِرَ هذا الِاحْتِمَالُ لَوَقَعَ الناس في الْحَرَجِ وَذَكَرَ في الْمُنْتَقَى في الصَّيْدِ إذَا وَقَعَ على صَخْرَةٍ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ أو انْقَطَعَ رَأْسُهُ أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ قال الْحَاكِمُ الْجَلِيلُ الشَّهِيدُ الْمَرْوَزِيّ وَهَذَا خِلَافُ جَوَابِ الْأَصْلِ
قال الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وعني بِهِ أَنَّهُ خِلَافُ عُمُومِ جَوَابِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ في الْأَصْلِ لو وَقَعَ على أجرة مَوْضُوعَةٍ في الْأَرْضِ أُكِلَ ولم يَفْصِلْ بين أَنْ يَكُونَ انْشَقَّ بَطْنُهُ أو لم يَنْشَقْ فَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يُؤْكَلَ في الْحَالَيْنِ فَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ وَيَجُوزُ أَنْ يُفَرَّقَ بين الْحَالَيْنِ من حَيْثُ أن

لو انْشَقَّ بَطْنُهُ أو انْقَطَعَ رَأْسُهُ فَالظَّاهِرُ أَنَّ مَوْتَهُ بهذا السَّبَبِ لَا بِالرَّمْيِ فَكَانَ احْتِمَالُ مَوْتِهِ بِالرَّمْيِ احْتِمَالَ خِلَافِ الظَّاهِرِ فَلَا يُعْتَبَرُ وإذا لم يَنْشَقَّ ولم يَنْقَطِعْ فَمَوْتُهُ بِكُلِّ وَاحِدٍ من السَّبَبَيْنِ مُحْتَمَلٌ احْتِمَالًا على السَّوَاءِ إلَّا أَنَّ التَّحَرُّزَ غَيْرُ مُمَكِنٍ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ مَوْتِهِ بِسَبَبِ الْعَارِضِ

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَذْكُورُ في الْمُنْتَقَى تَفْسِيرًا لِمَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يُؤْكَلُ إذَا لم يَنْشَقَّ بَطْنُهُ أو لم يَنْقَطِعْ رَأْسُهُ فَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ على الْمُقَيَّدِ وَيُجْعَلُ الْمُقَيَّدُ بَيَانًا لِلْمُطْلَقِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِهِمَا

وَلَوْ وَقَعَ على حَرْفِ آجُرَّةٍ أو حَرْفِ حَجَرٍ ثُمَّ وَقَعَ على الْأَرْضِ فَمَاتَ لم يُؤْكَلْ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ كانت الْآجُرَّةُ مُنْطَرِحَةً على الْأَرْضِ فَوَقَعَ عليها ثُمَّ مَاتَ أُكِلَ لِأَنَّ الْآجُرَّةُ الْمُنْطَرِحَةَ كَالْأَرْضِ فَوُقُوعُهُ عليها كَوُقُوعِهِ على الْأَرْضِ وَلَوْ وَقَعَ على جَبَلٍ فَمَاتَ عليه أُكِلَ لِأَنَّ اسْتِقْرَارَهُ على الْجَبَلِ كَاسْتِقْرَارِهِ على الْأَرْضِ

وَذُكِرَ في الْمُنْتَقَى عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لو رَمَى صَيْدًا على قلة (((قمة))) جَبَلٍ فَأَثْخَنَهُ حتى صَارَ لَا يَتَحَرَّكُ ولم يَسْتَطِعْ أَنْ يَأْخُذَهُ فَرَمَاهُ فَقَتَلَهُ وَوَقَعَ لم يَأْكُلْهُ لِأَنَّهُ خَرَجَ عن كَوْنِهِ صَيْدًا بِالرَّمْيِ الْأَوَّلِ لِخُرُوجِهِ عن حَدِّ الِامْتِنَاعِ فَالرَّمْيُ الثَّانِي لم يُصَادِفْ صَيْدًا فلم يَكُنْ ذَكَاةً له فَلَا يُؤْكَلُ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اجْتَمَعَ على الصَّيْدِ مُعَلَّمٌ وَغَيْرُ مُعَلَّمٍ أو مُسَمًّى عليه وَغَيْرُ مُسَمًّى أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ لِاجْتِمَاعِ سَبَبَيْ الْحَظْرِ وَالْإِبَاحَةِ ولم يُعْلَمْ أَيُّهُمَا قَتَلَهُ وَلَوْ أَرْسَلَ مُسْلِمٌ كَلْبَهُ فَاتَّبَعَ الْكَلْبَ كَلْبٌ آخَرُ غَيْرُ مُعَلَّمٍ لَكِنَّهُ لم يُرْسِلْهُ أَحَدٌ ولم يَزْجُرْهُ بَعْدَ انْبِعَاثِهِ أو سَبُعٌ من السِّبَاعِ أو ذُو مِخْلَبٍ من الطَّيْرِ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يُعَلَّمَ فَيُصَادُ بِهِ فَرَدَّ الصَّيْدَ عليه وَنَهَشَهُ أو فَعَلَ ما يَكُونُ مَعُونَةً لِلْكَلْبِ الْمُرْسَلِ فَأَخَذَهُ الْكَلْبُ الْمُرْسَلُ وَقَتَلَهُ لَا يُؤْكَلُ لِأَنَّ رَدَّ الْكَلْبِ وَنَهْشَهُ مُشَارَكَةٌ في الصَّيْدِ فَأَشْبَهَ مُشَارَكَةَ الْمُعَلَّمِ وغير الْمُعَلَّمِ وَالْمُسَمَّى عليه غير الْمُسَمَّى عليه بِخِلَافِ ما إذَا رَدَّ عليه آدَمِيٌّ أو بَقَرَةٌ أو حِمَارٌ أو فَرَسٌ أو ضَبٌّ لِأَنَّ فِعْلَ هَؤُلَاءِ ليس من بَابِ الِاصْطِيَادِ فَلَا يُزَاحِمُ الِاصْطِيَادَ في الْإِبَاحَةُ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَإِنْ تَبِعَ الْكَلْبَ الْأَوَّلَ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ ولم يَرُدَّ عليه ولم يُهَيِّبْ الصَّيْدَ وَلَكِنَّهُ اشْتَدَّ عليه وكان الذي أَخَذَ وَقَتَلَ الْكَلْبَ الْمُعَلَّمَ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ لِأَنَّهُمَا ما اشْتَرَكَا في الِاصْطِيَادِ لِعَدَمِ الْمُعَاوَنَةِ فَيَحِلُّ أَكْلُهُ وَاَللَّهُ جَلَّ شَأْنُهُ أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَلْحَقَ الْمُرْسِلُ أو الرَّامِي الصَّيْدَ أو من يَقُومُ مَقَامَهُ قبل التَّوَارِي عن عَيْنِهِ أو قبل انْقِطَاعِ الطَّلَبِ منه إذَا لم يَدْرِك ذَبْحَهُ فَإِنْ تَوَارَى عن عَيْنِهِ وَقَعَدَ عن طَلَبِهِ ثُمَّ وَجَدَهُ لم يُؤْكَلْ فَأَمَّا إذَا لم يَتَوَارَ عنه أو تَوَارَى لَكِنَّهُ لم يَقْعُدْ عن الطَّلَبِ حتى وَجَدَهُ يُؤْكَلُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّ الصَّيْدَ مَاتَ من جِرَاحَةِ كَلْبِهِ أو من سَهْمِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ فَلَا يَحِلُّ أَكْلُهُ بِالشَّكِّ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ مَرَّ بِالرَّوْحَاءِ على حِمَارِ وَحْشٍ عَقِيرٍ فَتَبَادَرَ أَصْحَابُهُ إلَيْهِ فقال دَعُوهُ فَسَيَأْتِي صَاحِبُهُ فَجَاءَ رَجُلٌ من فِهْرٍ فقال هذه رَمِيَّتِي يا رَسُولَ اللَّهِ وأنا في طَلَبِهَا وقد جَعَلْتُهَا لك فَأَمَرَ رسول اللَّهِ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه فَقَسَمَهُ بين الرِّفَاقِ وَلِأَنَّ الضَّرُورَةَ تُوجِبُ ذلك لِأَنَّ هذا مِمَّا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عنه في الصَّيْدِ فإن الْعَادَةَ أَنَّ السَّهْمَ إذَا وَقَعَ بِالصَّيْدِ تَحَامَلَ فَغَابَ وإذا أَصَابَ الْكَلْبَ الْخَوْفُ منه غَابَ فَلَوْ اعْتَبَرْنَا ذلك لَأَدَّى ذلك إلَى انْسِدَادِ بَابِ الصَّيْدِ وَوُقُوعِ الصَّيَّادِينَ في الْحَرَجِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ الْغَيْبَةِ التي لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنها إذَا لم يُوجَدْ من الصَّائِدِ تَفْرِيطٌ في الطَّلَبِ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ وَالْحَرَجِ وَعِنْدَ قُعُودِهِ عن الطَّلَبِ لَا ضَرُورَةَ فَيُعْمَلُ بِالْقِيَاسِ

وقد رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أَهْدَى إلَى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَيْدًا فقال له من أَيْنَ لَكَ هذا فقال رَمَيْتُهُ بِالْأَمْسِ وَكُنْت في طَلَبِهِ حتى هَجَمَ عَلَيَّ اللَّيْلُ

فَقَطَعَنِي عنه ثُمَّ وَجَدْتُهُ الْيَوْمَ وَمِزْرَاقِي فيه فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أنه غَابَ عَنْكَ وَلَا أَدْرِي لَعَلَّ بَعْضَ الْهَوَامِّ أَعَانَكَ عليه لَا حَاجَةَ لي فيه بَيَّنَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْحُكْمَ وعليه (((وعلة))) الْحُكْمِ وهو ما ذَكَرْنَا من احْتِمَالِ مَوْتِهِ بِسَبَبٍ آخَرَ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ فيه إذَا لم يَقْعُدْ عن الطَّلَبِ وَرُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ سُئِلَ عن ذلك فقال كُلْ ما أَصْمَيْتَ وَدَعْ ما أَنْمَيْتَ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الأصماء ما عَايَنَهُ وَالْإِنْمَاءُ ما تَوَارَى عنه

وقال هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الأصماء ما لم يَتَوَارَ على بَصَرِكَ وَالْإِنْمَاءُ ما تَوَارَى عن بَصَرِكَ إلَّا أَنَّهُ أُقِيمَ الطَّلَبُ مَقَامَ الْبَصَرِ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ عِنْدَ عَدَمِ الطَّلَبِ وَلِأَنَّهُ إذَا قَعَدَ عن طَلَبِهِ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنَّهُ لو كان طَلَبَهُ لَأَدْرَكَهُ حَيًّا فَيَخْرُجُ من أَنْ يَكُونَ ذَكَاةً فَلَا يَحِلُّ بِالشَّكِّ بِخِلَافِ ما إذَا لم يَقْعُدْ عن طَلَبِهِ لِأَنَّهُ لم يُدْرِكْهُ حَيًّا فَبَقِيَ الْجُرْحُ ذَكَاةً له وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا

ما يُسْتَحَبُّ من الذَّكَاةِ وما يُكْرَهُ منها فَمِنْهَا أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ يَكُونَ الذَّبْحُ بِالنَّهَارِ وَيُكْرَهُ بِاللَّيْلِ

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن الْأَضْحَى لَيْلًا وَعَنْ الْحَصَادِ لَيْلًا وهو كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ وَمَعْنَى الْكَرَاهَةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِوُجُوهٍ

أحدهما (((أحدها))) أَنَّ اللَّيْلَ وَقْتُ أَمْنٍ وَسُكُونٍ وَرَاحَةٍ فَإِيصَالُ الْأَلَمِ في وَقْتِ الرَّاحَةِ يَكُونُ أَشَدَّ

وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا يَأْمَنُ من أَنْ يخطىء (((يخطئ))) فَيَقْطَعُ يَدَهُ وَلِهَذَا كُرِهَ الْحَصَادُ بِاللَّيْلِ

وَالثَّالِثُ أَنَّ الْعُرُوقَ الْمَشْرُوطَةَ في الذَّبْحِ لَا تَتَبَيَّنُ في اللَّيْلِ فَرُبَّمَا لَا يَسْتَوْفِي قَطْعَهَا

وَمِنْهَا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ في الذَّبْحِ حَالَةُ الِاخْتِيَارِ أَنْ يَكُونَ ذلك بِآلَةٍ حَادَّةٍ من الْحَدِيدِ كَالسِّكِّينِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِ ذلك وَيُكْرَهُ بِغَيْرِ الْحَدِيدِ وَبِالْكَلِيلِ من الْحَدِيدِ لِأَنَّ السُّنَّةَ في ذَبْحِ الْحَيَوَانِ ما كان أَسْهَلَ على الْحَيَوَانِ وَأَقْرَبَ إلَى رَاحَتِهِ

وَالْأَصْلُ فيه ما رَوَيْنَا عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال إنَّ اللَّهَ تَعَالَى عز شَأْنُهُ كَتَبَ الْإِحْسَانَ على كل شَيْءٍ فإذا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ وإذا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ وَلْيُحِدَّ أحدكم شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ وفي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ وَلْيَشُدَّ قَوَائِمَهُ وَلْيُلْقِهِ على شِقِّهِ الْأَيْسَرِ وَلْيُوَجِّهْهُ نحو الْقِبْلَةِ وَلِيُسَمِّ اللَّهَ تَعَالَى عليه وَالذَّبْحُ بِمَا قُلْنَا أَسْهَلُ على الْحَيَوَانِ وَأَقْرَبُ إلَى رَاحَتِهِ

وَمِنْهَا التَّذْفِيفُ في قَطْعِ الْأَوْدَاجِ وَيُكْرَهُ الْإِبْطَاءُ فيه لِمَا رَوَيْنَا عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال وَلِيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ وَالْإِسْرَاعُ نَوْعُ رَاحَةٍ له

وَمِنْهَا الذَّبْحُ في الشَّاةِ وَالْبَقَرَةِ وَالنَّحْرُ في الْإِبِلِ وَيُكْرَهُ الْقَلْبُ من ذلك لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ عز شَأْنُهُ أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ ذلك من قِبَلِ الْحُلْقُومِ وَيُكْرَهُ من قِبَلِ الْقَفَا لِمَا مَرَّ

وَمِنْهَا قَطْعُ الْأَوْدَاجِ كُلِّهَا وَيُكْرَهُ قَطْعُ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ لِمَا فيه من إبْطَاءِ فَوَاتِ حَيَاتِهِ

وَمِنْهَا الِاكْتِفَاءُ بِقَطْعِ الْأَوْدَاجِ وَلَا يُبْلَغُ بِهِ النُّخَاعَ وهو الْعِرْقُ الْأَبْيَضُ الذي يَكُونُ في عَظْمِ الرَّقَبَةِ وَلَا يُبَانُ الرَّأْسُ وَلَوْ فَعَلَ ذلك يُكْرَهُ لِمَا فيه من زِيَادَةِ إيلَامٍ من غَيْرِ حَاجَةٍ إلَيْهَا وفي الحديث أَلَا لَا تَنْخَعُوا الذَّبِيحَةَ وَالنَّخْعُ الْقَتْلُ الشَّدِيدُ حتى يَبْلُغَ النُّخَاعَ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الذَّابِحُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ وَالذَّبِيحَةُ مُوَجَّهَةً إلَى الْقِبْلَةِ لِمَا رَوَيْنَا وَلِمَا رُوِيَ أَنَّ الصَّحَابَةَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا إذَا ذَبَحُوا اسْتَقْبَلُوا الْقِبْلَةَ فإنه رُوِيَ عن الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قال كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ يَسْتَقْبِلُوا بِالذَّبِيحَةِ الْقِبْلَةَ وَقَوْلُهُ كَانُوا كِنَايَةً عن الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَمِثْلُهُ لَا يَكْذِبُ وَلِأَنَّ الْمُشْرِكِينَ كَانُوا يَسْتَقْبِلُونَ بِذَبَائِحِهِمْ إلَى الْأَوْثَانِ فَتُسْتَحَبُّ مُخَالَفَتُهُمْ في ذلك بِاسْتِقْبَالِ الْقِبْلَةِ التي هِيَ جِهَةُ الرَّغْبَةِ إلَى طَاعَةِ اللَّهِ عز شَأْنُهُ وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الذَّبْحِ اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ من فُلَانٍ وَإِنَّمَا يقول ذلك بَعْدَ الْفَرَاغِ من الذَّبْحِ أو قبل الِاشْتِغَالِ بِالذَّبْحِ هَكَذَا رَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عن حَمَّادٍ عن إبْرَاهِيمَ وَكَذَلِكَ قال أبو يُوسُفَ أَدْعُ بِالتَّقَبُّلِ قبل الذَّبْحِ إنْ شِئْت أو بَعْدَهُ

وقد رَوَيْنَا عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال مَوْطِنَانِ لَا أُذْكَرُ فِيهِمَا عِنْدَ الْعُطَاسِ وَعِنْدَ الذَّبْحِ وَرَوَيْنَا عن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ عِنْدَ الذَّبْحِ وَلَوْ قال ذلك لَا تَحْرُمُ الذَّبِيحَةُ لِأَنَّهُ ما ذَكَرَ اسْمَ غَيْرِ اللَّهِ عز شَأْنُهُ على سَبِيلِ الاشراك لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِتَرْكِهِ التَّجْرِيدَ من حَيْثُ الصُّورَةُ

فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ أَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَحَدِهِمَا عن نَفْسِهِ وَالْآخَرِ عن أُمَّتِهِ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ ليس فيه أَنَّهُ ذَكَرَ مع اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ نَفْسَهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أو أُمَّتَهُ فَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ ضَحَّى أَحَدَهُمَا وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى وَنَوَى بِقَلْبِهِ أَنْ يَكُونَ عنه وَضَحَّى الْآخَرَ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى وَنَوَى بِقَلْبِهِ أَنْ يَكُونَ عن أُمَّتِهِ وَهَذَا لَا يُوجِبُ الْكَرَاهَةَ وَيُكْرَهُ له بَعْدَ الذَّبْحِ قبل أَنْ تَبْرُدَ أَنْ يَنْخَعَهَا أَيْضًا وهو أَنْ يَنْحَرَهَا حتى يَبْلُغَ النُّخَاعَ وَأَنْ يَسْلُخَهَا قبل أَنْ تَبْرُدَ لِأَنَّ فيه زِيَادَةَ إيلَامٍ لَا حَاجَةَ إلَيْهَا فَإِنْ نَخَعَ أو سَلَخَ قبل أَنْ تَبْرُدَ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهَا لِوُجُودِ الذَّبْحِ بِشَرَائِطِهِ وَيُكْرَهُ جَرُّهَا بِرِجْلِهَا إلَى الْمَذْبَحِ لِأَنَّهُ الحاق زِيَادَةِ أَلَمٍ بها من غَيْرِ حَاجَةٍ إلَيْهَا في الذَّكَاةِ

وَرُوِيَ عن ابْنِ سِيرِينَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا يَسُوقُ شَاةً لِيَذْبَحَهَا سَوْقًا عَنِيفًا فَضَرَبَهُ بِالدِّرَّةِ ثُمَّ قال له سُقْهَا إلَى الْمَوْتِ سَوْقًا جَمِيلًا لَا أُمَّ لك وَيُكْرَهُ أَنْ يُضْجِعَهَا وَيُحِدَّ الشَّفْرَةَ بين يَدَيْهَا لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ رَأَى رَجُلًا أَضْجَعَ شَاةً وهو يُحِدُّ الشَّفْرَةَ وَهِيَ تُلَاحِظُهُ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوَدِدْت أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَاتٍ أَلَا حَدَدْتَ الشَّفْرَةَ قبل أَنْ تُضْجِعَهَا وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا وقد أَضْجَعَ شَاةً وَوَضَعَ رِجْلَهُ على صَفْحَةِ وَجْهِهَا وهو يُحِدُّ الشَّفْرَةَ فَضَرَبَهُ

بِالدِّرَّةِ فَهَرَبَ الرَّجُلُ وَشَرَدَتْ الشَّاةُ وَلِأَنَّ الْبَهِيمَةَ تَعْرِفُ الْآلَةَ الْجَارِحَةَ كما تَعْرِفُ الْمَهَالِكَ فَتَتَحَرَّزُ عنها فإذا أَحَدَّ الشَّفْرَةَ وقد أَضْجَعَهَا يَزْدَادُ أَلَمُهَا وَهَذَا كُلُّهُ لَا تَحْرُمُ بِهِ الذَّبِيحَةُ لِأَنَّ النَّهْيَ عن ذلك ليس لِمَعْنًى في الْمَنْهِيِّ بَلْ لِمَا يَلْحَقُ الْحَيَوَانَ من زِيَادَةِ أَلَمٍ لَا حَاجَةَ إلَيْهِ فَكَانَ النَّهْيُ عنه لِمَعْنًى في غَيْرِ

الْمَنْهِيِّ وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ كَالذَّبْحِ بِسِكِّينٍ مَغْصُوبٍ وَالِاصْطِيَادِ بِقَوْسٍ مَغْصُوبٍ وَنَحْوِ ذلك
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَحْرُمُ أَكْلُهُ من أَجْزَاءِ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ فَالَّذِي يَحْرُمُ أَكْلُهُ منه سَبْعَةٌ الدَّمُ الْمَسْفُوحُ وَالذَّكَرُ والأنثيان (((والأنثيان))) وَالْقُبُلُ وَالْغُدَّةُ وَالْمَثَانَةُ وَالْمَرَارَةُ لِقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَيُحِلُّ لهم الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عليهم الْخَبَائِثَ } وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ السَّبْعَةُ مِمَّا تَسْتَخْبِثُهُ الطِّبَاعُ السَّلِيمَةُ فَكَانَتْ مُحَرَّمَةً

وَرُوِيَ عن مُجَاهِدٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كَرِهَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم من الشَّاةِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَيَيْنِ وَالْقُبُلَ وَالْغُدَّةَ وَالْمَرَارَةَ وَالْمَثَانَةَ وَالدَّمَ فَالْمُرَادُ منه كَرَاهَةُ التَّحْرِيمِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ جَمَعَ بين الْأَشْيَاءِ السِّتَّةِ وَبَيْنَ الدَّمِ في الْكَرَاهَةِ وَالدَّمُ الْمَسْفُوحُ مُحَرَّمٌ وَالْمَرْوِيُّ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال الدَّمُ حَرَامٌ وَأَكْرَهُ السِّتَّةَ أَطْلَقَ اسْمَ الْحَرَامِ على الدَّمِ الْمَسْفُوحِ وَسَمَّى ما سِوَاهُ مَكْرُوهًا لِأَنَّ الْحَرَامَ الْمُطْلَقَ ما ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ وَحُرْمَةُ الدَّمِ الْمَسْفُوحِ قد ثَبَتَتْ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ وهو النَّصُّ الْمُفَسَّرُ من الْكِتَابِ الْعَزِيزِ قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إلَيَّ مُحَرَّمًا } إلَى قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { أو دَمًا مَسْفُوحًا أو لَحْمَ خِنْزِيرٍ } وَانْعِقَادُ الْإِجْمَاعِ أَيْضًا على حُرْمَتِهِ فَأَمَّا حُرْمَةُ ما سِوَاهُ من الْأَشْيَاءِ السِّتَّةِ فما ثَبَتَتْ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ بَلْ بِالِاجْتِهَادِ أو بِظَاهِرِ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ الْمُحْتَمِلِ لِلتَّأْوِيلِ أو الحديث لِذَلِكَ فَصَلَ بَيْنَهُمَا في الِاسْمِ فَسَمَّى ذلك حَرَامًا وَذَا مَكْرُوهًا وَاَللَّهُ عز اسْمُهُ أَعْلَمُ
كِتَابُ الِاصْطِيَادِ قد بَيَّنَّا في كِتَابِ الذَّبَائِحِ وَالصُّيُودِ ما يُؤْكَلُ من الْحَيَوَانَاتِ وما يَحْرُمُ أَكْلُهُ منها وما يُكْرَهُ وَالْآنَ نُبَيِّنُ في كِتَابِ الِاصْطِيَادِ ما يُبَاحُ اصْطِيَادُهُ وما لَا يُبَاحُ وَمَنْ يُبَاحُ له الِاصْطِيَادُ وَمَنْ لَا يُبَاحُ له فَقَطْ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَيُبَاحُ اصْطِيَادُ ما في الْبَحْرِ وَالْبَرِّ مِمَّا يَحِلُّ أَكْلُهُ وما لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ غير أَنَّ ما يَحِلُّ أَكْلُهُ يَكُونُ اصْطِيَادُهُ لِلِانْتِفَاعِ بِلَحْمِهِ وما لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ يَكُونُ اصْطِيَادُهُ لِلِانْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ وَشَعْرِهِ وَعَظْمِهِ أو لِدَفْعِ أَذِيَّتِهِ إلَّا صَيْدَ الْحَرَمِ فإنه لَا يُبَاحُ اصْطِيَادُهُ إلَّا الْمُؤْذِيَ منه لِقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { أو لم يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا } وَقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في صَيْدِ الْحَرَمِ في حَدِيثٍ فيه طُولٌ وَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهُ وَخَصَّ منه الْمُؤْذِيَاتِ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَمْسٌ من الْفَوَاسِقِ يُقْتَلْنَ في الْحِلِّ وَالْحَرَمِ
وَأَمَّا الثَّانِي فَيُبَاحُ اصْطِيَادُ ما في الْبَحْرِ لِلْحَلَالِ وَالْمُحْرِمِ وَلَا يُبَاحُ اصْطِيَادُ ما في الْبَرِّ لِلْمُحْرِمِ خَاصَّةً لِقَوْلِهِ تَعَالَى { أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ } إلَى قَوْله تَعَالَى { وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُمًا } وَالْفَصْلُ بين صَيْدِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَغَيْرِ ذلك من الْمَسَائِلِ بَيَّنَّاهُ في كِتَابِ الْحَجِّ وَاَللَّهُ عز شَأْنُهُ الْمُوَفِّقُ
كِتَابُ التَّضْحِيَةِ يُحْتَاجُ لِمَعْرِفَةِ مَسَائِلِ هذا الْكِتَابِ إلَى بَيَانِ صِفَةِ التَّضْحِيَةِ وإنها (((أنها))) وَاجِبَةٌ أو لَا وَإِلَى بَيَانِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ لو كانت وَاجِبَةً وَإِلَى بَيَانِ وَقْتِ الْوُجُوبِ وَإِلَى بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الْوُجُوبِ وَإِلَى بَيَانِ مَحَلِّ إقَامَةِ الْوَاجِبِ وَإِلَى بَيَانِ شَرَائِطِ جَوَازِ إقَامَةِ الْوَاجِبِ وَإِلَى بَيَانِ ما يُسْتَحَبُّ أَنْ يُفْعَلَ قبل التَّضْحِيَةِ وَعِنْدَهَا وَبَعْدَهَا وما يُكْرَهُ كَرَاهَةَ تَحْرِيمٍ أو تَنْزِيهٍ
أَمَّا صِفَةُ التَّضْحِيَةِ فَالتَّضْحِيَةُ نَوْعَانِ وَاجِبٌ وَتَطَوُّعٌ وَالْوَاجِبُ منها أَنْوَاعٌ منها ما يَجِبُ على الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ
وَمِنْهَا ما يَجِبُ على الْفَقِيرِ دُونَ الْغَنِيِّ وَمِنْهَا ما يَجِبُ على الْغَنِيِّ دُونَ الْفَقِيرِ
أَمَّا الذي يَجِبُ على الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ فَالْمَنْذُورُ بِهِ بِأَنْ قال لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِشَاةٍ أو بدنه أو هذه الشَّاةَ أو هذه الْبَدَنَةَ أو قال جَعَلْت هذه الشَّاةَ ضَحِيَّةً أو أُضْحِيَّةً وهو غَنِيٌّ أو فَقِيرٌ لِأَنَّ هذه قُرْبَةٌ لِلَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ من جِنْسِهَا إيجَابٌ

وهو هَدْيُ الْمُتْعَةِ والقرآن والاحصار وَفِدَاءُ إسْمَاعِيلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقِيلَ هذه الْقُرْبَةُ تَلْزَمُ بِالنَّذْرِ كَسَائِرِ الْقُرَبِ التي لِلَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ من جِنْسِهَا إيجَابٌ من الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَنَحْوِهِمَا وَالْوُجُوبُ بِسَبَبِ

النَّذْرِ يَسْتَوِي فيه الْفَقِيرُ وَالْغَنِيُّ وَإِنْ كان الْوَاجِبُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ كَالنَّذْرِ بِالْحَجِّ أَنَّهُ يَصِحُّ من الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ جميعا
وَأَمَّا الذي يَجِبُ على الْفَقِيرِ دُونَ الْغَنِيِّ فَالْمُشْتَرِي لِلْأُضْحِيَّةِ إذَا كان الْمُشْتَرِي فَقِيرًا بِأَنْ اشْتَرَى فَقِيرٌ شَاةً يَنْوِي أَنْ يُضَحِّيَ بها
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَجِبُ وهو قَوْلُ الزَّعْفَرَانِيِّ من أَصْحَابِنَا وَإِنْ كان غَنِيًّا لَا يَجِبُ عليه بِالشِّرَاءِ شَيْءٌ بِالِاتِّفَاقِ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أن الْإِيجَابَ من الْعَبْدِ يَسْتَدْعِي لَفْظًا يَدُلُّ على الْوُجُوبِ وَالشِّرَاءُ بِنِيَّةِ الْأُضْحِيَّةَ لَا يَدُلُّ على الْوُجُوبِ فَلَا يَكُونُ إيجَابًا وَلِهَذَا لم يَنِ (((يكن))) إيجَابًا من الْغَنِيِّ
وَلَنَا أَنَّ الشِّرَاءَ لِلْأُضْحِيَّةِ مِمَّنْ لَا أُضْحِيَّةَ عليه يَجْرِي مَجْرَى الْإِيجَابِ وهو النَّذْرُ بِالتَّضْحِيَةِ عُرْفًا لِأَنَّهُ إذَا اشْتَرَى لِلْأُضْحِيَّةِ مع فَقْرِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُضَحِّي فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قال جَعَلْت هذه الشَّاةَ أُضْحِيَّةً بِخِلَافِ الْغَنِيِّ لِأَنَّ الْأُضْحِيَّةَ وَاجِبَةٌ عليه بِإِيجَابِ الشَّرْعِ ابْتِدَاءً فَلَا يَكُونُ شِرَاؤُهُ لِلْأُضْحِيَّةِ إيجَابًا بَلْ يَكُونُ قصد (((قصدا))) إلَى تَفْرِيغِ ما في ذِمَّتِهِ وَلَوْ كان في مِلْكِ إنْسَانٍ شَاةٌ فَنَوَى أَنْ يُضَحِّيَ بها أو اشْتَرَى شَاةً ولم يَنْوِ الْأُضْحِيَّةَ وَقْتَ الشِّرَاءِ ثُمَّ نَوَى بَعْدَ ذلك أَنْ يُضَحِّيَ بها لَا يَجِبُ عليه سَوَاءٌ كان غَنِيًّا أو فَقِيرًا لِأَنَّ النِّيَّةَ لم تُقَارِنْ الشِّرَاءَ فَلَا تُعْتَبَرُ
وَأَمَّا الذي يَجِبُ على الْغَنِيِّ دُونَ الْفَقِيرِ فما يَجِبُ من غَيْرِ نَذْرٍ وَلَا شِرَاءٍ لِلْأُضْحِيَّةِ بَلْ شُكْرًا لِنِعْمَةِ الْحَيَاةِ وَإِحْيَاءً لِمِيرَاثِ الْخَلِيلِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حين أَمَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى عز اسْمُهُ بِذَبْحِ الْكَبْشِ في هذه الْأَيَّامِ فِدَاءً عن وَلَدِهِ وَمَطِيَّةً على الصِّرَاطِ وَمَغْفِرَةً لِلذُّنُوبِ وَتَكْفِيرًا لِلْخَطَايَا على ما نَطَقَتْ بِذَلِكَ الْأَحَادِيثُ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَالْحَسَنِ بن زِيَادٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها لَا تَجِبُ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَحُجَّةُ هذه الرِّوَايَةِ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال ثَلَاثٌ كُتِبَتْ علي ولم تُكْتَبْ عَلَيْكُمْ والوتر (((الوتر))) وَالضُّحَى وَالْأَضْحَى وَرُوِيَ ثَلَاثٌ كُتِبَتْ عَلَيَّ وَهِيَ لَكُمْ سُنَّةٌ وَذَكَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْأُضْحِيَّةَ وَالسُّنَّةُ غَيْرُ الْوَاجِبِ في الْعُرْفِ
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ وَسَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ وَرُوِيَ عن أبي مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيِّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال قد يَرُوحُ على أَلْفُ شَاةٍ وَلَا أضحى بِوَاحِدَةٍ مَخَافَةَ أَنْ يَعْتَقِدَ جَارِي أنها وَاجِبَةٌ وَلِأَنَّهَا لو كانت وَاجِبَةً لَكَانَ لَا فَرْقَ فيها بين الْمُقِيمِ وَالْمُسَافِرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَفْتَرِقَانِ في الْحُقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَالِ كَالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ ثُمَّ لَا تَجِبُ على الْمُسَافِرِ فَلَا تَجِبُ على الْمُقِيمِ
وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ } قِيلَ في التَّفْسِيرِ صَلِّ صَلَاةَ الْعِيدِ

وَانْحَرْ الْبُدْنَ بَعْدَهَا وَقِيلَ صَلِّ الصُّبْحَ بِجَمْعٍ وَانْحَرْ بِمِنًى وَمُطْلَقُ الْأَمْرِ لِلْوُجُوبِ فِي حَقِّ الْعَمَلِ وَمَتَى وَجَبَ على النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَجِبُ على الْأُمَّةِ لِأَنَّهُ قُدْوَةٌ لِلْأُمَّةِ
فَإِنْ قِيلَ قد قِيلَ في بَعْضِ وُجُوهِ التَّأْوِيلِ لِقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَانْحَرْ } أَيْ ضَعْ يَدَيْكَ على نَحْرِكَ في الصَّلَاةِ وَقِيلَ اسْتَقْبِلْ الْقِبْلَةَ بِنَحْرِكَ في الصَّلَاةِ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْحَمْلَ على الْأَوَّلِ أَوْلَى لِأَنَّهُ حَمْلُ اللَّفْظِ على فَائِدَةٍ جَدِيدَةٍ وَالْحَمْلُ على الثَّانِي حَمْلٌ على التَّكْرَارِ لِأَنَّ وَضْعَ الْيَدِ على النَّحْرِ من أَفْعَالِ الصَّلَاةِ عِنْدَكُمْ يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَالُ الصَّلَاةِ وَاسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ من شَرَائِطِ الصَّلَاةِ لَا وُجُودَ لِلصَّلَاةِ شَرْعًا بِدُونِهِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ الْأَمْرِ بِالصَّلَاةِ فَكَانَ الْأَمْرُ بِالصَّلَاةِ أَمْرًا بِهِ فَحَمْلُ قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَانْحَرْ } عليه يَكُونُ تَكْرَارًا وَالْحَمْلُ على ما قُلْنَاهُ يَكُونُ حَمْلًا على فَائِدَةٍ جَدِيدَةٍ فَكَانَ أَوْلَى
وَرُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قال ضَحُّوا فَإِنَّهَا سُنَّةُ أَبِيكُمْ إبْرَاهِيمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالتَّضْحِيَةِ وَالْأَمْرُ الْمُطْلَقُ عن الْقَرِينَةِ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ في حَقِّ الْعَمَلِ
وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال على أَهْلِ كل بَيْتٍ في كل عَامٍ أُضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ
وعلى كَلِمَةُ إيجَابٍ ثُمَّ نُسِخَتْ الْعَتِيرَةُ فَثَبَتَتْ الْأُضْحَاةُ وروى عنه عليه السلام أَنَّهُ قال من لم يُضَحِّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا وَهَذَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْوَعِيدِ على تَرْكِ الْأُضْحِيَّةِ وَلَا وَعِيدَ إلَّا بِتَرْكِ الْوَاجِبِ وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من ذَبَحَ قبل الصَّلَاةِ فَلْيُعِدْ أُضْحِيَّتَهُ وَمَنْ لم يَذْبَحْ فَلْيَذْبَحْ بِسْمِ اللَّهِ أَمَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِذَبْحِ الْأُضْحِيَّةِ وَإِعَادَتِهَا إذَا ذُبِحَتْ قبل الصَّلَاةِ وَكُلُّ ذلك دَلِيلُ الْوُجُوبِ وَلِأَنَّ إرَاقَةَ الدَّمِ قُرْبَةٌ وَالْوُجُوبُ هو الْقُرْبَةُ في الْقُرُبَاتِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهِ أن الْأُضْحِيَّةَ لَيْسَتْ بِمَكْتُوبَةٍ عَلَيْنَا وَلَكِنَّهَا وَاجِبَةٌ وَفَرْقٌ ما بين الْوَاجِبِ وَالْفَرْضِ كَفَرْقِ ما بين السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ وَقَوْلُهُ هِيَ لكن (((لكم))) سُنَّةٌ أن ثَبَتَ لَا يَنْفِي الْوُجُوبَ إذْ السُّنَّةُ تنبيء عن الطَّرِيقَةِ أو السِّيرَةِ وَكُلُّ ذلك لَا يَنْفِي الْوُجُوبَ